Brini
—
Della condanna nelle
legis actiones

ITALY

DELLA CONDANNA

NELLE

LEGIS ACTIONES

TESI DI LAUREA

DI

GIUSEPPE BRINI

BOLOGNA
TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI
1878

Illmo egregio
Sig. Dr. G. Koerte

ricordo dell'autore.

DELLA CONDANNA

NELLE

LEGIS ACTIONES

TESI DI LAUREA

DI

GIUSEPPE BRINI

BOLOGNA
TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI
1878

Mi confortano a far pubblico questo mio lavoro gl' incoraggiamenti benevoli che, colla lettera qui appresso trascritta, me ne hanno dati i miei chiarissimi esaminatori e maestri; verso i quali mi è grato adempiere il debito di professare pubblicamente affettuosa riconoscenza e venerazione.

Bologna, 6 Ottobre 1878.

GIUSEPPE BRINI

REGIA UNIVERSITÀ
DI BOLOGNA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Addì 2 *Ottobre* 1878.

Egregio Signore

La Commissione innanzi alla quale Ella ha sostenuto l' esame di laurea ha già espresso la piena sua approvazione col conferirle la laurea a unanimità di suffragi, e colla menzione di lode distinta. Se i Regolamenti avessero consentito che si votasse altresì sulla pubblicazione da darsi alla Tesi presentata, unanime anche su di ciò sarebbe stato il voto, e per l' importanza del punto discusso, e pel modo veramente degno d' encomio col quale Ella lo trattò. Non avendo potuto esprimere un voto officiale intorno a quest' oggetto, i sottoscritti Le manifestano nel loro particolare il desiderio che al suo distinto lavoro Ella dia pubblicazione per le stampe.

Aggradisca che ci confermiamo con piena stima

Suoi dev.mi

ORESTE REGNOLI
G. CENERI
A. DUCATI
Avv. Prof. FILIPPO MARTINELLI
GUSTAVO SANGIORGI Segretario.

All' Egregio
Sig. Dott. Giuseppe Brini
BOLOGNA

Perdiscendum jus civile, cognoscendae leges, percipienda omnis antiquitas.

(CICERONE, de Oratore I, 34).

Le preziose notizie, che la scoperta dei Commentarii di Gaio tolse felicemente alle offese dei tempi e della fortuna, eccitarono tosto l' amore e gli studii degli eruditi a ricercare assai più addentro, di quello che prima si fosse fatto, le memorie dell' antica procedura civile dei Romani e a rifarne quasi la storia. Così ne furono principalmente indagate le origini, dietro l' insegnamento di Gaio medesimo « certe cuiusque rei potissima pars principium est » (L. 1, Dig. de orig. jur. I, 2), scrutate singolarmente le intime parti, e seguitene, secondo il variare dei tempi, le modificazioni e i mutamenti, verificandosi anche qui l' aurea sentenza del Macchiavelli che « se niuna cosa diletta o insegna nella istoria è » quella che particolarmente si descrive (Ist. fior. proemio) ». E ciò ben a ragione; perchè niuno ignora quanto il processo civile sia importante a conoscersi non solo come istituto giuridico, che regolando l' esercizio dei diritti in contrasto è parte integrante dello svolgimento storico del diritto romano ed aiuto necessario alla piena intelligenza delle fonti; ma altresì come istituto politico, che ci rivela intimamente certe peculiari condizioni dell' antica società, e le origini e i progressi di molte idee e di altre civili istituzioni, secondochè si vennero formando presso il popolo di Roma. Senonchè molti punti nella vita del processo civile romano rimangono tuttavia oscuri, incerti, inesplorati; nè può dirsi uno dei più studiati, nè dei meglio schiariti, quello che dà materia al presente

lavoro, cioè la ricerca *intorno all'indole della sentenza e intorno al modo e contenuto della condanna nella procedura delle legis actiones*. So che del tema, che mi propongo, si può ripetere con Varrone (de Ling. lat. V. in pr. « non mediocres tenebrae » in silva ubi haec captanda, neque eo quo pervenire volumus » semitae tritae, neque non in tramitibus quaedam objecta, quae » euntem retinere possint »; talchè a trattarlo degnamente si richiederebbero ben altre forze dalle mie deboli ed inesperte; nondimeno mi metto all'opera colla fiducia che le difficoltà e lo studio amoroso mi varranno, ad ogni modo, di scusa.

§. I.

Il §. 48 del IV.° commentario di Gaio.

Gioverà richiamare sul principio la partizione, che fanno i moderni, ad esempio degli antichi, della storia del processo civile romano in tre periodi, ai quali corrispondono tre diversi sistemi di procedimento, contrassegnati coi nomi di *Legis actiones*, *Formulae*, *Extraordinariae cognitiones*; e ricordare di questi il tempo ed i caratteri generali. Il primo sistema delle *Legis actiones* dalla più remota antichità durò intero e predominante, se non unico, fino alla legge Ebuzia (*A. Gell.* Noct. Att. XVI, 18. *Gai.* IV, 30), cioè fino allo scorcio del VI secolo di Roma (1); durò altresì in parte, nè forse piccola, fino alle Leggi Giulie (*Gai.* loc. cit.), tenute dai più per le *judiciariae* d'Augusto; rimase in appresso solo in tenui reliquie lentamente scomparse. E sorse per opera di queste medesime leggi, o meglio fu da esse riconosciuto e sanzionato, il secondo sistema (« effectumque est ut per con» cepta verba, id est per formulas, litigaremus » — *Gai.* loc. cit.), che, ampliatosi colla classica giurisprudenza, venne poi a poco a poco decadendo, e quasi abbandonato al tempo di Diocleziano (Cod.

(1) Questo secondo le migliori, e tuttavia vaghe, congetture dei moderni; dacchè sul tempo così di questa, come delle seguenti leggi, e sulla parte rispettivamente avuta nell'abolizione delle *Legis actiones* scarsissime sono le notizie e grande il dissenso degli scrittori; ne ha trattato da ultimo egregiamente il ch. (ora compianto) prof. **Padelletti** nella sua *Storia del Diritto romano*, edita in Firenze quest'anno, a pag. 251 e 378.

Iustin. III, 3, 2), cessò del tutto sotto i figli di Costantino (Cod. Iustin. II, 58, 1) (1); essendo frattanto invalso e fattosi man mano generale l'uso dell'ultimo sistema dei *giudizii straordinarii*, introdotto già da gran tempo per casi speciali e rimasto infine unico ed ordinario procedimento. Quanto ai tratti caratteristici dei detti sistemi basti accennare, cominciando per maggior chiarezza dall'ultimo, che mentre in questo, proprio della più tarda età imperiale, nulla rimane dell'antica impronta quiritaria, dei simboli, delle formule, e vi regna quella che *Vico* chiamava *equità naturale;* nel secondo invece domina più veramente la potestà e la sapienza dei Pretori e dei Giureconsulti, che dalle strettoie del primitivo rigore e delle imprescrittibili solennità traggon fuori e svolgono a poco a poco, con arte maravigliosa, nuove e più larghe forme, equitativi provvedimenti, principii eterni, che vinta la rovina delle cose romane e la rinnovata barbarie, reggono anche oggi le nazioni civili. Laddove il primo nella immutabilità degli atti, delle parole, dei riti, nel carattere dapprima religioso, nella fiera sua indole tutta romana, ritrae la signoria aristocratica dei patrizi, la semplicità e la rozzezza dei primi quiriti, la condizione di quella società politica da poco fondata, che si veniva costituendo e rassettando, e racchiude però in se i germi fecondi della ricchezza e grandezza di poi. E qui, stringendomi al tema, ecco evidente e spiccata la differenza nel modo della condanna fra il sistema formulario e le *extraordinariae cognitiones* (chè il determinare qual fosse nelle *legis actiones*, è appunto la ricerca che mi propongo). Nelle *extraordinariae cognitiones* cade la sentenza direttamente sulla controversia, e la condanna sulla cosa o sulla prestazione stessa di che è contesa, nel modo che oggi avviene; nè occorre recarne testimonianze, tante ve ne sono. Nel sistema formulario all'incontro, il quale si vedrà star come di mezzo ai due estremi, la sentenza decide direttamente la controversia, ma per la condanna vige la regola che non possa mai essere espressa se non in una somma di danaro, non possa cioè imporre al soccombente se non una prestazione pecuniaria, così nelle azioni personali di ogni specie, come nelle azioni reali. Il qual principio della *condanna pecuniaria,* nota caratteristica per certo strana (sicchè taluni vollero perfino impugnarla) della procedura *per*

(1) L'anno e il consolato mostrano essere questa costituzione non di Costantino, a cui è attribuita, ma di Costanzo; così l'**Ortolan,** Hist. de la legislat. rom. §. 493. Paris 1870.

formulas, con essa durata sempre, salvo i rimedii pretorii presto introdotti, si trova più o meno apertamente manifestato in moltissimi luoghi delle fonti. Però basta per tutti il § 48 del IV di Gaio, dov'è così espressamente enunciato: « **Omnium autem formularum, quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus,** *velut* **fundum, hominem, vestem,** *aurum* **argentum** (1), **judex** (2) **non ipsam rem condemnat** *eum* (3) **cum quo actum est** (4) **sicut olim fieri solebat aestimata re pecuniam eum** (5) **condemnat** ». Tale è il testo del citato paragrafo, che ho voluto riportare qui colla maggiore esattezza, quale ci è dato dall'accuratissimo lavoro dello *Studemund*, perchè è questo altresì l'unico luogo delle fonti, che accenni abbastanza espressa-

(1) Perchè sia noto quel che si legge veramente nel Codice Veronese, conviene notare che la parola *condemnatio*, dopo *aestimationem*, ha dietro a se una n interpretata per *nem* (*condemnationem*, errore del copista), altro non parendo poter significare. *Velut* è rappresentato dalla sigla *UT*: *aurum argentum* pongono, e sembra ragionevolmente, tutti gli editori, ma il manoscritto reca solamente *argumentum*. Questo io ricavo dall'Apografo Gaiano dello **Studemund** —: « **Gaii** *Institutionum Commentarii quattuor Cod. Veron. denuo collati apographum confecit et jussu Acad. regiae scient. berolin. edidit Guilelmus Studemund. Prostat Lipsiae apud Hirzel* MDCCCLXXIV ». — Lavoro stupendo tanto per l'opera critica dottissima e l'arte e la cura del paleografo, quanto per l'opera tipografica, che con lettere onciali (imitative di quelle del copista del V. secolo) riproduce il manoscritto pagina per pagina e riga per riga, le lettere incerte rende tratteggiate e scolorite, le più incerte corsive sopra la riga, segna le lacune, distingue le lesioni della membrana, tutto insomma che è degno di nota: lavoro quindi indispensabile agli studiosi di Gaio.

(2) Le lettere *ju* sono alla fine della linea piccole e poco leggibili.

(3) Il Codice ha *condemnatum*, che si spiega *condemnat eum*.

(4) Queste parole, che terminano la riga immediatamente consecutiva a quella, di cui alla nota 2, si leggono male: il *quo* è rappresentato da *q* con un *o* soprascritto; le finali *um* e la *e* (sigla di *est*, ultima nella linea) sono più piccole; comincia l'altra riga colle parole seguenti.

(5) Il manoscritto ha *pec. neum*. La *n*, che si trova nel mezzo e dallo **Studemund** (Index Notarum. pag. 281 e 287) interpretata come rappresentate il *niam* di *pecuniam*; ma è esempio unico questo (sebbene siavi quello di *Iun.* per *Iunia*), e dippiù la *n* vien dopo il punto, che suol chiudere l'abbreviazione; e di altra parte *pec.* basta da solo a rappresentare anche l'accusativo *pecuniam*. Potrebb'egli interpretarsi invece come sigla d'altra parola per es. *enim*, *nobis* o simili ?

mente anche alla condanna nel primitivo sistema. Ma appunto sulle parole che a quel sistema si riferiscono grande è l' incertezza e la divisione fra gl' interpreti; onde da questo passo di Gaio mi convien prender le mosse alla trattazione del mio tema.

Due opposte spiegazioni di quel paragrafo diedero i trattatisti, e conseguenti correzioni proposero nel testo; le quali (con tutto il rispetto dovuto alle opinioni d' uomini dottissimi (1)) io non posso accettare, mentre un' altra interpretazione, per quanto so non ancora proposta, si offre, a mio parere, più naturale e cercherò di dimostrare più vera. Non si può negare che il §. di Gaio, quale si legge nell' antico manoscritto, e quale si è riferito di sopra (2), privo delle necessarie interpunzioni, desti ragionevoli dubbi sulla divisione e la colleganza degl' incisi, e possa apparire, come apparve, di ambiguo significato. E però, ecco in quali diversi modi si volle dividere ed emendare. Convennero tutti gl' interpreti nel riguardare le parole « *sicut olim fieri solebat* » come costituenti da sole un inciso distinto e compiuto, e nel congiungere quindi le altre « *aestimata re* » alle ultime « *pecuniam eum condemnat* »; dissentirono invece nel collegare quell' inciso alle antecedenti o alle susseguenti parole, e così nel riferirlo all' uno o all' altro dei due opposti concetti « *condemnare ipsam rem* », o « *condemnare pecuniam* ». Gli uni (e sono i più) leggono « *judex non ipsam rem condemnat sicut olim fieri solebat* »; e ponendo qui la maggiore interpunzione, che divide il periodo in due membri l' uno all' altro contrapposti, sono costretti ad aggiungere una particella avversativa *sed* davanti all' *aestimata:* « **sed** *aestimata re pecuniam eum condemnat* ». La quale aggiunta di un *sed*, che non avrebbe lasciato nel Codice traccia o vuoto veruno, trovasi nella maggior parte delle edizioni, ed è accettata da quasi tutti gli storici (3); allegandosi a giustificarla e la necessità sua all' an-

(1) Sia detto una volta per tutte che se talora mi è forza di contraddire ad esimii scrittori, non però intendo mai venir meno alla stima e riverenza, che loro professo come a maestri.

(2) Così lo pubblicò anche il **Goeschen** nella sua edizione principe del 1820.

(3) Fra le edizioni più notevoli basti citare quella dell' **Heffter** (1820), quella del **Lachmann** (1841) e l' ultima dell' **Huschke** (Lipsia 1873). Degli scrittori ricorderò soltanto taluno dei migliori e più recenti: — il **Bethmann-Hollweg** Der Civilprozess des gem. Rechts in geschicht. Entwickelung. I band, Bonn. 1864, pag. 189, e II band, 1865, pag. 226 — il **Karlowa,** prof. di

damento del discorso (secondo ch'essi lo intendono), e la congettura che già ne dovesse esistere nel Codice la corrispondente sigla abbreviativa, ommessa forse dal copista, o forse confusa sia col *t* finale di *solebat*, sia coll' *a* iniziale di *aestimata*, lettere entrambe acconce all' ipotesi (1). Gli altri all' incontro posero la più forte interpunzione subito dopo le parole « *iudex non ipsam rem condemnat* »; congiungendo il seguente inciso alle ultime « *sicut olim fieri solebat*, *aestimata re pecuniam eum condemnat* »; onde trassero il senso « hodie sicut olim pecuniam condemnat »; e con tale intendimento o non supposero nessuna mancanza nel testo, ovvero congetturarono scomparsa una particella avversativa innanzi al *sicut* (certo assai desiderata dal contesto ove si vogliano contrapporre le due parti del periodo), ovvero anche opinarono col *Boecking* (5.ª edizione. Lipsia 1866) doversi leggere non *sicut*, ma *set ut* (2) appoggiandosi sul facile scambio delle due parole o nella scrittura del copista, o nella recensione del Codice. Ma tanto la mutazione del *Boecking*, quanto l' aggiunta di un *sed* fra *solebat* ed *aestimata*, sono affatto arbitrarie, perchè ugualmente contraddette dalla lezione genuina del testo, e solo sostenibili entrambe con argomenti tratti d' altronde, a seconda del diverso concetto che altri si faccia intorno all' antico procedimento. Laddove non è a disconoscere che la scomparsa di una sigla rappresentante un *sed*, o *at*, o *nam*, o simili innanzi al *sicut*, se non è giustificata, nemmeno però è affatto esclusa dal testo, e si potrebbe sostenere probabile per le considerazioni che tale sigla sarebbesi trovata alla fine di una riga le cui ultime lettere (al pari che le ultime dell' antecedente; vedi note 2 e 4 a pag. 8) sono mal leggibili e, come di solito, più piccole, e dove cade ultima appunto una abbreviazione *ē* di *est*, e la riga stessa è più breve delle altre. Senonchè parmi che neppure di quest' aggiunta faccia mestieri, e meglio sia rifiutare ogni alterazione del testo. La cui sincera lezione conduce naturalmente a riferire le parole « *sicut olim fieri solebat* » alle

diritto romano nella Università di Heidelberg, Der röm. Civilprozess zur Zeit der Legisactionen. Berlin 1872, pag. 147 — il **Padelletti** cit. St. del diritto a pag. 204 e 399.

(1) Così pensò fra gli altri il **Gallenkamp**, De executione apud Rom. et leg. act. et formul. aetate. Berolini 1854, pag. 16.

(2) Entrambe queste due ultime ipotesi propose già il **Mayer**, Ad Caii Instit. Com. IV §. 48, Commentatio. Tubingae 1854; pag. 16

susseguenti, giacchè in tal modo il costrutto corre di per se regolare e rende un senso determinato e preciso, come apparirà manifesto, senza bisogno di una particella avversativa che serva di legatura al discorso. Con che però non intendo di venire nell' opinione di coloro, i quali ne ricavano che in tutte le forme delle *legis actiones* si avesse sempre la *condanna,* e questa convertita sempre in *pecuniaria.* Ma ferma così la genuina dizione del Codice, ecco il pensiero che, a mio credere, vi si contiene.

Il fondamento delle esposte interpretazioni consiste nel ritenere che le parole « *sicut olim fieri solebat* » formino da sole un inciso compiuto e distinto; e più ancora nel dare a quelle parole un senso troppo generale, che il loro vero valore e l' esattezza di Gaio non consentono. Si è voluto infatti ch' esse significhino la regola generale della condanna nelle *legis actiones.* Ma ciò ha condotti gl' interpreti o ad attribuire, e si vedrà con quanto sforzo, anche alla procedura per iscommessa *(sacramento* o *per sponsionem)* una vera e propria condanna sia *in ipsam rem* sia *pecuniaria* invece della pronuncia sulla scommessa o accanto alla medesima (1); ovvero a sostenere che Gaio avesse usata impropriamente la parola *condemnare* riferendola anche all' *actio sacramento,* dove essendo la controversia decisa solo indirettamente, vera condanna non si poteva avere (2). Oltredichè si è fatto forza alla parola *solebat,* mal acconcia ad esprimere una regola generale, e piuttosto atta per se stessa a indicare soltanto una data specie di casi, se vuolsi anche frequenti (3). Ora per contrario se si con-

(1) Condanna *in ipsam rem* secondo lo **Stintzing** (Ueber das Verhältniss der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praejudicialis) e l'egregio prof. **Buonamici** (Delle Legis actiones, Pisa 1868, pag. 68); convertita nella stima della cosa, come avveniva nelle *formulae*, secondo il **Mayer** (scritto cit.); e condanna, che per questi scrittori avrebbe tenuto luogo della pronuncia sulla scommessa, mentre per altri molti (fra cui il **Karlowa** §. 9 op. cit.), i quali la reputano tutti diretta *in ipsam rem,* sarebbe andata dietro alla decisione della scommessa.

(2) Vedi il **Keller** Il processo civile romano, trad. it. del Filomusi Guelfi, Napoli 1872, al §. 16; e il **Gallenkamp** scritto cit. §. 3, nota 24; e il **Gugino** Della procedura civile romana. Palermo 1873 a pag. 126, nota 2.

(3) Il **Karlowa** (§. 17, pag. 147), che trae dal « *sicut olim fieri solebat* » la regola generale della condanna *in ipsam rem*, deduce a contrario dal *solebat* la possibilità di condanna pecuniaria in certi casi delle *legis actiones*, nei casi di *arbitria.*

giungano in un unico inciso le parole « *sicut olim fieri solebat aestimata re* », si vedrà risultarne netto e regolare il discorso, chiaro e preciso il riferimento delle parole « *sicut olim fieri solebat* », e sopratutto spiegata la limitazione del *solebat* dalle parole « *aestimata re* », ch' è quanto dire *quando res aestimabatur*, e cioè nei casi di un *arbitrium liti aestimandae*, nei quali soltanto, al dire di Gaio, aveasi *condemnare*, e in senso proprio, *condemnare pecuniam*. Insomma Gaio intende solamente di parificare la procedura formularia a dati casi delle *legis actiones*, in cui si sostituiva la stima alla cosa in guisa analoga a quella delle *formulae*, non già di contrapporre od uguagliare il modo generale della condanna nelle *formulae* con un supposto modo generale di condanna nelle *legis actiones*. E con questo scompare il bisogno di una particella avversativa fra l' uno e l' altro membro del periodo, dacchè il Giureconsulto non mette l' ultimo membro in contrapposto, ma sì a dichiarazione del primo. Ed invero egli comincia coll' esporre in termini generali: « omnium formularum, quae con» demnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemna» tio concepta est »; poi applica il principio a casi ov' era più strano ed incomodo, dicendo che se anche chiediamo una cosa in natura il giudice condanna in danaro: « itaque et si corpus » aliquod petamus velut fundum hominem, vestem, ... iudex non » ipsam rem condemnat eum cum quo actum est »; e finisce, in via di spiegazione, col confronto di antichi casi analoghi: « sicut » olim fieri solebat aestimata re, pecuniam eum condemnat ». Questo è il senso che si offre naturale senza alterazione del testo, e che punto non si muterebbe quand' anche si volessero separare con una virgola le parole *aestimata re* dalle antecedenti. Poichè da un lato rimarrebbe sempre fermo che le parole « *sicut olim fieri solebat* » altra comprensione non possano avere se non quella limitata e ristretta, che si è detto, come portano il loro vero valore e il riferimento in che Gaio esattamente le adopera, applicabili cioè soltanto ai casi di *litis aestimatio* nelle *legis actiones*. E d' altro lato parmi che l' inciso « *aestimata re* », pur così separato dal precedente « *sicut olim fieri solebat* », nullameno vi si riferirebbe quale completivo termine di confronto, significando che anche in antico *judex solebat aestimata re pecuniam condemnare*. Forse si potrebbe, ad abbondante conferma di questa dimostrazione, sostenere l' ipotesi, che accennai non improbabile, della caduta di una sigla corrispondente a *sed*, o *at*, o *nam* prima del

sicut alla fine della riga antecedente; ma sarebbe non altro che semplice congettura di poco valore: e lo stesso dicasi dell' altra che la *n* consecutiva al *pec.* (di cui alla nota 5, pag. 8) potesse rappresentare non il *niam* di *pecuniam*, esempio unico, ma *enim* ovvero *nobis* o simili; congettura anche questa non al tutto improbabile, nè tuttavia necessaria al costrutto.

È chiaro adunque che il §. 48 di Gaio non esprime punto la regola generale della condanna nel primo sistema, ma solo parifica la *condemnatio pecuniaria* delle *formulae* e il modo e procedimento suo a certi casi delle *legis actiones*. Converrà pertanto cercare altrove più particolari notizie della condanna nel più antico sistema, e distintamente nelle sue varie forme, *legis actio sacramento, per judicis postulationem, per condictionem* (delle altre due riguardanti la esecuzione toccherò solo per incidenza). Nella quale ricerca si vedrà tanto se la data interpretazione del §. 48 ne riceva conferma, quanto se fra la *condemnatio pecuniaria* delle *formulae* e quella che *olim fieri solebat aestimata re* risulti quel nesso strettissimo, che il ripetuto §. 48 così inteso afferma chiaramente e sicuramente, e che a me pare esser tale da doversi riconoscere nel seno stesso delle *legis actiones* l' origine vera della condanna pecuniaria delle *formulae*. Ma poichè questa mia affermazione, lungi dall' essere generalmente ammessa, è anzi generalmente negata, accordandosi i pareri, tuttochè diversi, degl' interpreti nell' assegnare alla *condanna pecuniaria* origini e cagioni o al tutto estranee, o non intimamente derivanti dalle *legis actiones*, stimo opportuno qui mettere innanzi le principali di quelle opinioni.

Fra i molti che si contentarono o di registrare senz' altro il principio, o di allegarne troppo vagamente le cagioni, basti ricordare il *Bonjean* (Traité des actions, Paris 1845, tom. I, § 177), il *Walter* (Storia del Diritto di Roma, trad. del Bollati tom. II, §§ 672, 687 e 688), il *Maynz* (Cours de Droit rom. tom. I, pagina 393, Paris 1874).

L' *Ortolan* (Histoire § 252 — Explicat. hist. des Instit. II, § 1910 e segg.) svolgendo largamente l' ipotesi prima e dopo lui sostenuta da molti (ad es. *Puchta* Istituzioni vol. I, lib. III, § 162, trad. del Turchiarulo, Napoli 1854, e ultimamente *Gugino* op. cit. pag. 124) che il sistema formulario sia nato fra i peregrini o nelle contese fra cittadini e peregrini, e abbia poi invalso a poco a poco anche solo fra cittadini, rivestito quasi dal Pretore di antiche

ITALY

ITALY

idea di un pleonasmo in un' antica formula: e d' altra parte troppi argomenti si hanno per tener distinti *judicatus* e *damnatus* fin dall' origine. Coll' *Hollweg* si annoverino quegli scrittori, che non fermandosi sulla questione mostrano o non far differenza, o attribuire al *condemnare* nelle *legis actiones* l' ampio significato che ebbe nel terzo sistema.

Tra i quali ultimi sarebbe forse da porre anche il *Keller* se egli non venisse a restringere acconciamente l' applicazione del *condemnare* nel primo sistema, osservando (op. cit. § 16) cosa, a mio parere, giustissima, che nell' *actio sacramento* (dove la sentenza risolveva solo indirettamente la controversia decidendo la scommessa) non avevasi un vero *condemnare,* ma soltanto un *judicare.* Nel che lo seguono interamente il *Gallenkamp* (scritto citato § 3 nota 24), il *Gugino* (op. cit. pag. 126, nota 2) ed altri molti.

Il *Bachofen* (de rom. jud. civil.) sostenendo applicabile la *manus injectio* solo ad azioni personali, riferisce *judicatus* alle condanne per obbligazioni *ex contractu, damnatus* alle condanne per obbligazioui *ex delicto;* e il medesimo pensa l' *Ortolan* (op. cit. II, § 1885 nota). Ma che l' una e l' altra restrizione manchino di buon appoggio nelle fonti si farà palese per quello che si dirà più innanzi.

Il *Buonamici* (scritto cit. pag. 68), che vuole collo *Stintzing* la sentenza e la condanna cadessero direttamente non sulla scommessa ma *in ipsam rem,* opina che *damnatus* nella *formula* riferita indichi il condannato *sine judice* che in tanti casi ci poteva essere. Con lui cito il *Rudorff,* che *judicatus* intende il condannato dietro giudizio, *damnatus* quegli altrimenti *damnatus,* anche fuor di giudizio, ad es. per *nexum* e simili; e a suo parere Gaio nel § 21 parlerebbe più propriamente dell' *actio judicati* in istretto senso. Limitazioni anche queste che non sono abbastanza giustificate da prove, ma che forse contengono parte di vero; e parmi poi assai fondata un' altra osservazione del *Buonamici* (fatta già, come notai, dallo *Zimmern)* che « qualche speciale rapporto a noi chiuso » abbia quel *damnatus* colla *condemnatio* delle *formulae.*

Lo *Zimmern* medesimo (op. cit. § 47, nota 7) rapporta il *damnatus* della *manus injectio* ai casi della *Legge Aquilia* (leggendo egli nel § 21 di Gaio non coi più « *lege aliqua* (1) », ma

(1) E come il senso richiede, sebbene il Codice rechi, secondo lo **Studemund:** « *lege aqilia* ».

« *lege Aquilia* », cioè a casi di obbligazioni *ex delicto,* che confronta e parifica ai legati *per damnationem.*

Il *Jhering* (Spirito del Diritto romano vol. I) crede che il giudicato nell' *actio sacramento* fosse più che altro un parere, *sententia,* del giudice, a cui le parti stesse dessero poi esecuzione, anche mediante una *litis aestimatio* nella quale convenissero; e quanto alla *condemnatio,* comparsa solo nelle altre *legis actiones,* ch' essa fosse dal giudice pronunciata relativamente, pel caso di inobbedienza del soccombente al giudicato, ma sempre concepita anche allora in danaro. Di che trova la ragione nell' amore e negli avanzi della pristina liberta in quei nuovi cittadini. Opinione che mi par degna di singolare considerazione.

L' *Huschke,* il quale dapprima sostenne indicare il *judicatus* le azioni sì personali che reali, il *damnatus* le sole personali, venne poi in altro avviso (v. Studien des röm Rechts, e altrove), che cioè le espressioni *damnare damnas esto,* adoperate nella imposizione delle pene, nelle condanne giudiziali, nei legati *per damnationem*, nei *vota*, significhino sempre una obbligazione o verso il popolo o verso gli Dei, o almeno assunta in modo pubblico e solenne *(nexum, judicatum),* alla quale vada congiunta la potestà del creditore sulla persona del debitore. Interpretazione che ha certo buon fondamento, accettata di poi dal *Rudorff* e dal *Danz* (v. *Karlowa* pag. 60, nota 4).

Però il *Karlowa* osserva a ragione mancare tuttora la vera determinazione della differenza originaria fra *judicare* e *condemnare;* ed egli vuole dimostrare che il contrapposto (idea fondamentale del suo libro) fra *lex* e *jus*, *lites* e *jurgia*, *legis actio* e *jurisdictio*, si riscontra altresì nel *condemnare* e *judicare;* quello proprio della rigorosa applicazione del diritto scritto, *lex,* fatta per solenne procedura, *legis actio*, dai Pontefici prima, dai Centumviri poi, produttiva essa sola dapprincipio della *manus injectio;* questo, cioè il *judicare,* corrispondente invece al *judex* unico e privato, giudicante secondo il diritto non scritto, *jus,* per la potestà a lui propria, *jurisdictio:* contrapposto che si sarebbe di poi sempre più illanguidito, e infine dileguato coll'unificarsi di quei due ordini di procedimenti (1). Non è qui il luogo di esaminare

(1) Questa confusione e unificazione sarebbesi compiuta interamente colla introduzione del *sistema formulario,* del quale adunque il **Karlowa** trova, come egli dice, i *fattori* nel più antico processo, cioè nelle sue due parti *lites* e *jurgia, legis actio* e *jurisdictio* (vedi op. cit. *Schluss,* pag. 376).

e discutere quella fondamentale divisione del *Karlowa*; la combattè, e parmi vittoriosamente, il *Padelletti* (Arch. giur. XI, pagina 191) dimostrando come *jus, jurgia, jurisdictio, judicare* ecc. non ebbero certo il senso e l'origine che il *Karlowa* vi attribuisce. Basti intorno a *condemnare* e *judicare* l'avvertire, che secondo la proposta spiegazione, non giustificata da testimonianze, queste due voci, salve le differenze di solenni formalità e di più efficace esecuzione, avrebbero avuto in sostanza pressochè il medesimo significato e valore, indicando esse uno stesso atto, cioè la sentenza del giudice, rispettivamente nell'uno e nell'altro modo di procedimento; e ogni differenza fra *judicare* e *condemnare* avrebbe dovuto scomparire col confondersi di quei due procedimenti in un solo. Il che contrasta assolutamente e colla etimologia delle parole medesime, e colla vera e profonda diversità dei concetti e delle cose significate, e colla differenza spiccata e incontestabile che nel sistema formulario e (con più sviluppata comprensione del *condemnare*) nell'ultimo *judicare* e *condemnare* ebbero e mantennero sempre: la qual differenza dev'esser stata anche più recisa in origine.

E il *Padelletti* da ultimo, così nel cit. luogo dell'Arch. giur., dove combattè il *Karlowa*, come nella sua *Storia del Diritto* al cap. 26, nota 6, nega che *judicatus* e *condemnatus* siano equivalenti, e ne pone la differenza in ciò che *judicatus* indichi ogni condannato per sentenza, *damnatus* l'obbligato « per un atto giu-
» ridico compito *per aes et libram* o un legato *damnationis*,
» che poneva l'obbligato nella condizione del *judicatus* (*Gai.* III,
» 174, 175) »; aggiungendo: « ma che poi *judicatus*, *damna-*
» *tus*, *condemnatus* siano stati adoperati promiscuamente è pro-
» vato da molte testimonianze », e allega il « *si paret.... condemna* » delle *formulae* (nel che non posso punto convenire), il « *judicati aut damnati* » della *Sententia Minuciorum* lin. 43 (*Bruns* Fontes juris antiqui. Tubingae, editio altera 1871, pag. 172), il « *jure lege damnatus* » della *Lex Rubria* cap. 21, lin. 13 e 14 (*Bruns* pag. 74. — Vedi Arch. giur. l. c. pag. 201). Dove mi sia lecito osservare che adunque secondo il *Padelletti* la parola *damnatus* si riferirebbe soltanto a casi stragiudiziali, mentre Gaio nel § 21 sembra includerla nella formula dell'*actio judicati*. E senza ciò, che il *damnare* anche al tempo della *legis actiones* avesse applicazione pur nei giudizii, più argomenti, che allegherò, se ne hanno; e, ad ogni modo, resterebbe sempre a spiegare come e

quando e con qual senso *damnare* e *condemnare* s' introdussero nella procedura. Infine che quelle parole siano talora adoperate l' una per l' altra è innegabile (se però lo siano negli esempi citati dubito molto); ma ciò non toglie che sempre avessero significato distinto ed applicazione separata e tanto più nelle origini loro.

Dopo di che vengo ad esporre quello che del *judicare* e *damnare* io mi penso; e mi propongo di dimostrare che pur al tempo delle *legis actiones* erano quelle due voci distinte pel senso e uso loro, anche entro i termini del processo civile; e che significato originario e proprio di *damnare* era la *imposizione di una prestazione pecuniaria;* sicchè nelle *legis actiones* o *condemnatio* non c' era, o il nome la denota di per sè pecuniaria. Di che si attingono da due fonti le prove. In primo luogo dalla etimologia delle parole, giacchè « le etimologie (osservò *Vico)* ne narrano » l' origine e la storia delle cose ch' esse voci significano »; e dall' uso che se ne vede fatto nelle fonti. La qual ricerca ben è da imprendere con peritanza se ne dubitava *Terenzio Varrone,* il dottissimo dei romani, perchè « vetustas non pauca depravat, multa » tollit », e « multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante signi- » ficabant » (de Ling. lat. V. in pr.); e perchè, come avverte *A. Gellio* (XX, 1, 6), « longa aetas verba atque mores veteres obli- » teravit, quibus verbis moribusque sententia legum comprehensa » est ». In secondo luogo dalla natura stessa ed essenza delle cose, e da quella che chiamasi necessità storica, per la quale posta una certa condizione di cose, se ne ricava l' indole e la qualità degl' istituti che vi ebbero vita. Comincerò dalle ragioni filologiche e giuridiche.

Essenza del *judicare* è, come dissi, e fu sempre *dichiarare, far manifesto il diritto;* e che non altro nè più ampio fosse il suo proprio significato ab origine, ne è prova la derivazione sua (nella quale tutti concordano) dalla parola *jus* e dalla radice *dic,* che il latino ha comune col greco e col sanscrito, e vale *mostrare, indicare, dichiarare;* dalla qual radice discende come il verbo *dico-dicis*, dire, mostrare, così anche *dico-dicas,* colla *i* breve, « *trado, attribuo, defero, dedo, dedico..... planum facio, ape-* » *rio* » (così il *Forcellini* Vocab.), « mache bekannt » fò noto (così il *Vaniçek* Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache, Leipzig 1874). Donde i composti *judex* e, colle altre parole affini, *judicare.* « *Dico* (scriveva *Varrone* de L. L.) origi-

» nem habet graecam, quod Graeci δικάζω.... hinc *Judicare*
» quod tunc jus dicatur; hinc *Judex* quod jus dicat (molti leg-
» gono *judicat)* accepta potestate, id est quibusdam verbis di-
» cendo finit ». *Judex* in tal senso appunto fu nome dei Re, poi dei Consoli (lo attestano *Livio, Cicerone, Varrone),* poi dei Pretori, e infine designò quel privato cittadino che il magistrato incaricasse di giudicare in sua vece. E *judicare* mantenne il senso suo particolare a differenza anche di *jus dicere, jurisdictio* e simili; chè queste ultime parole ebbero altro speciale valore di comprensione maggiore, indicando più veramente la *potestà* del magistrato con tutti i suoi attributi (« *judicem dare* », L. 3 D. de jurisdict. 2, 1; dire le solenni parole « *Do, Dico, Addico* », *Varrone* de L. L.); ma al *judicare* rimase la ristretta significazione di *conoscere, dichiarare il diritto.* Talchè i detti vocaboli si trovano ben distinti nelle fonti: lo prova il titolo 5° del Cod. lib. III che s' intitola appunto « Ne quis in sua causa judicet vel jus sibi dicat »; e molto esattamente il *Forcellini* (v. Judico): « proprie loquendo
» aliud est *judicare,* aliud *jus dicere;* nam *judex pedaneus* proprie
» *jus* non *dicit*, quamquam cognoscendi habeat judicandique fa-
» cultatem, et praetor aliusque magistratus *jus dicere*, non *judicare*
» dicendus est, quando judici a se dato jus quasi constituit et for-
» mulam juris atque aequitatis praescribit, a qua in cognoscendo
» judicandoque recedere non possit ». E *Cicerone* de Legib. III, 3:
« Juris disceptator, qui privata jūdicet judicarive jubeat, Praetor
» esto ». Questo è il primitivo e più vero senso delle voci *judicare, judicatus* ecc., le quali lo serbarono sempre inalterato sebbene ricevessero poi svariate applicazioni, in cui talora possono intendersi, ma più spesso falsamente appaiono, tener luogo di *condemnare, condemnatus* ecc. In primo luogo il *declarare meum esse,* che è proprio *judicare*, si vede più nettamente che altrove distinto dal *condemnare*, per citare un solo esempio tra molti, nella L. 35 D. de rei vindic. 4. 1,, dove trattasi di *actio arbitraria;* e *judicatum* naturalmente non susseguito da condanna in *Gaio* III, 123, dove si parla di un *actio praejudicialis.* Similmente *judicatus* nel suo valore originario e contrapposto a *condemnatus,* si trova evidente nei §§ 173, 174, 175 del III di Gaio, nei quali è detto che il soccombente per valersi della *solutio per aes et libram,* dev' essere non solo *judicatus*, ma dippiù *condemnatus* (in danaro, trattandosi del sistema formulario): « sicut
» judicatus condemnatum se esse significat, ita ecc. »; del pari si

riscontra nel § 166 del IV: « cum forte secundum me judicatum » sit, adversarium condemnat »; e così in moltissime altre testimonianze del tempo delle *formulae*. Basti citare il titolo *de confessis* nel Digesto (42. 2), dal quale si conosce non potersi avere più esatto concetto del *judicatus* di fronte al *condemnatus*, che parificando quello al *confessus*, il quale avendo semplicemente ammessa colla sua confessione o l'altrui proprietà o la propria obbligazione, non veniva con ciò che ad aver riconosciuto il diritto. Il che non bastava per gli effetti giudiziali, onde doveva poi egli stesso, prima d'una certa *Oratio D. Marci* (di cui *Ulpiano* nella L. 6 D. h. t.), esprimere la sua confessione nell'equivalente pecuniario, acciocchè non solo potesse « *pro judicato haberi* », ma fosse altresì « *sua sententia damnatus* »; e dopo quella *Oratio* ebbe il giudice facoltà di volgere mediante stima la confessione in pecuniaria, nel qual caso però « judex non rei judicandae sed ae- » stimandae datur, nam nullae partes sunt judicandi in confitentes » (Ulp. L. 25 D. ad Leg. Aquil 9, 2) ». Ora dei casi, nei quali *judicare* e *judicatus* paiono essere e talvolta sono equivalenti a *condemnare, condemnatus*. Il che avviene quando quelle parole, per naturale derivazione dal loro più stretto valore, sono riferite a processi già compiuti, e applicate a persone, a cose, a negozii stati soggetti a giudizio sia di assoluzione, sia di condanna. Così nel frammento delle XII Tavole « rebusque jure judicatis (V. *A.* » *Gell.* XX, 1, 45) »; nella formula della *manus injectio judicati* (Gai IV, 21) « quod tu mihi judicatus, sive damnatus, es.... » judicati manus injicio »; nelle frasi *pro judicato*, *judicati actio, rei judicatae, judicatum facere, solvere* (nella quale ultima *judicatum* vale il contenuto del giudizio); e in altre simili sparse in infiniti luoghi del testo: esempi fra gli altri ne porge il precitato titolo *de confessis*. Ma paiono al tutto falsamente le voci *judicare, judicatus* confuse con *condemnare, condemnatus*, quando trattandosi di obbligazione pecuniaria il soccombente è detto *judicatus*, perchè in verità soltanto tale e non *condemnatus*, come si vedrà chiaro in appresso: e di ciò siano esempio e prova il *pecuniae judicati* di *Gellio* (XX, 1, 17) e il *judicatorum* di Gaio (III, 78), e i *judicati* così spesso congiunti e parificati ai *nexi* da *Livio* e da *Dionigi*, e il « *judicatum me uxor abducit domum* » di *Plauto* nell'*Asinaria* (V, 2, 87); e tanti altri luoghi. Anche nella procedura criminale *judicare* si trova di contro a *damnare* e *condemnare*, e certo con ben distinto significato; dove però la questione è molto intricata e difficile, essendo tuttora disputatissi-

mo fra i dotti qual fosse l' ufficio e l' estensione della sentenza del giudicante rispetto alla decisione dei comizii. Pure se ben si guardi, nella scarsezza delle testimonianze e nella non scrupolosa esattezza di molte, siccome tratte da opere storiche ed oratorie, sarà palese rimanere più proprio del *judicare*, che più specialmente è applicato al magistrato, il senso del *far aperto*, *riconoscere il diritto*, stabilire cioè se e di qual delitto l'accusato sia colpevole, da qual legge, da qual pena colpito; e il *condemnare* piuttosto riferito alla definitiva inflizione della pena, più generalmente per decisione dei comizii (veggansi lo *Zumpt* Das Criminalrecht der röm. Rep,, Berlin 1865, I, 2, pag. 182 — il *Padelletti* St. del Diritto cap. 10, nota 2 — il *Karlowa* op. cit. pag. 61 e segg.).

Damnare (donde *cum-damnare*, poi *condemnare)* discende dalla medesima radice di *damnum*, *damnas* e simili. E secondo alcuni *(Forcellini* Voc.) dalla stessa fonte del greco δαπάνη (sumptus, impensa), *dapnum*, di cui molti esempi, indi *damnum:* secondo altri *(Vaniçek* citato sopra) non molto diversamente, ma forse con più esattezza, dalla radice *da*, donde *daps-dapis* (originariamente: *spartizione*, *divisione)*. Altri invece *(Meyer*, Lessico delle radici indo-italo-greche, trad. del Pezzi) derivano quelle voci dalla radice *dam*, che vale *domare, soggiogare* ecc. donde il greco δαμνάζω, δάμνημι: infine i più antichi *(Varrone*, *Paolo* come si vedrà qui sotto) e taluni moderni *(Niccolini* Proced. pen. I, § 739) da *demere*. Comunque ciò sia, certo è che il significato di *damnum* è in generale diminuzione dei propri beni, onde *Varrone* (de L. L.): « *damnum* a demptione, cum minus re factum » quam quanti constat », e *Paolo* (L. 3 D de damn. infect. 39, 2,): « *damnum* et *damnatio* ab ademptione et quasi deminutione pa» trimonii dicta sunt »; e vale insomma *detrimento, jattura, perdita* ecc. Senonchè fra le varie perdite e diminuzioni di beni una in particolare ne indicò più propriamente la parola *damnum* in materia di giudizii, quella cioè prodotta da una *multa* incorsa, talchè *damnum* valse *multa;* come in *Cic.* (de off. III, 5) « mor» te, exilio, vinculis, damno coercent », e altrove; e in *Livio* (4, 33) « ferre damnum, aliamque coercitionem detractantibus mi» litiam ». La qual cosa nota espressamente *Quintiliano* Decl 300, ove dice: « damnum existimo esse amissionem eorum quae habue» ris.... et ipsa poena damni genus est »; aggiungendo poi, cosa ben più importante: « nam mihi ex hoc quod plerisque criminibus » pecuniae poena imponebatur, appellata etiam ipsa damnatio vi» detur ». Adunque, secondo *Quintiliano*, l' uso delle parole *da-*

mnatio e *damnare* nella procedura ad esprimere in generale la inflizione d'ogni maniera di pena, sarebbe proceduto dal loro primo più ristretto senso dell'*inflizione di una pena pecuniaria* e insomma della *imposizione di una prestazione in danaro.* Ma vi ha dippiù; chè a quanto si è detto, benissimo corrisponde il significato di *damnum* entro i confini del processo civile, quale lo riscontriamo nelle più antiche testimonianze, cioè nel frammento delle XII Tavole, dove si legge « *fructus duplione damnum de-* » *cidito* » (riferitoci da *Festo* v. vindiciae); nella frase « *pro* » *fure damnum decidere* », che sebbene s'incontri in testimonianze del secondo sistema (*Gai.* IV, 37 e L. 9 § 2, D. de minor. 4, 4, e L. 7 D. de condict. furt. 13, 1 ecc.) pur si mostra e si ritiene ben più antica (1): infine nella spiegazione che del *Sarcito* delle XII Tavole dava, ai tempi di Cicerone, *Servio Sulpicio* (*Festo* v. Sarcito): « *Sarcito* in XII tab. Ser. Sulpicius ait signi- » ficare *damnum solvito, praestato* ». Nei quali luoghi benchè *damnum* corrisponda a detrimento, jattura, designa però più precisamente il risarcimento di quel danno, la prestazione della sua stima, vale a dire *prestazione in danaro;* come, più che altrove, risulta chiarissimo dalla L. 46 §§ 1, 5, e dalla L. 62 § 1 D. de furt. 47, 2; e così l'*Hollweg* (Civilpr. II band. pag. 301, nota 32) rende *damnum* colla voce *sühngeld*, che vale somma di risarcimento pattuita, quasi la *composizione* germanica. Ciò intorno a *damnum* (2). Veniamo al *damnas*, che, qualunque sia la disputata

(1) La prima frase « *fructus duplione damnum decidito* » trova acconcio riscontro nelle altre « *condemnare in fructus* » o « *in fructibus* », del tempo delle *formulae*, che si trovano in *Gaio* (L. 19 D. de usur. et fruct. 22, 1), e appunto nel suo commento alle XII Tavole (lib· VI ad XII Tab.). — Alla seconda frase « *pro fure damnum decidere* » corrispondono e dànno spiegazione le parole, di *Catone* de re rust. praef: « furem dupli condemnari in legibus posive- » runt majores nostri », parole quindi quasi contemporanee, se non anteriori alla Legge Ebuzia. — E l'esposto senso di *damnum* rimane fermo come che si voglia intendere il *pro fure damnum decidere*, sia coi più degli antichi (fra i quali il **Brissonio** de Verb. signif. v. decidere) « de furto pacisci », e ugualmente con molti moderni (fra i quali l'**Huschke** Gaius, pag. 121) « transigere, togliere il litigio con pattuita composizione in denaro »; sia coll'**Hollweg** (Civilpr. II, pag. 301 nota 32) « risarcire l'ingiusto nocumento siccome per furto » senza idea di convenzione.

(2) Duolmi di non aver potuto conoscere quello che il **Ritschl** nel Rhein Mus. für phil. 1861 pag. 304 folg. ha scritto circa « la etimologia e l'originario e posteriore significato di *damnum* », come ricavo dall'**Hollweg** (ult. l. c.)·

origine della sua forma, si può tenere per equivalente a *damnatus*. Tanto nelle formule delle Leggi, ad es. nei frammenti della Legge Aquilia riferitici nel Dig. (L. 2 pr. e L. 27 § 5 ad Leg. Aquil. 9, 2), « tantum aes domino dare damnas esto (1) »; quanto nelle formule di atti privati, ove s' infligga ad altri una pena se non adempia l' obbligo impostogli, « si ita factum non fuerit.... » dare damnates sunto.... HS nummum C » (*Bruns* Font. jur. pag. 152, 158 e 159 e segg.), la voce *damnas* è usata sempre a significare *colui al quale è imposta una prestazione pecuniaria*. Nei legati invece che hanno appunto nome di *legata per damnationem*, dove *damnas* è del pari termine più consueto e più proprio, si vede riferito a prestazioni non solamente pecuniarie, ma d' ogni sorta, come ne fanno fede infiniti esempi in Gajo, nei frammenti d' Ulpiano, nel Digesto, e in formule rimasteci di atti testamentari (*Bruns* l. c.); fonti tutte però dell' età imperiale. Chè se ci riportiamo ai più antichi tempi; se si consideri esser propria del pagamento di tali legati la *solutio per aes et libram;* se si avverta che Gaio nei citati §§ 173, 174, 175 del III parifica interamente l' *heres* onerato di un legato *damnationis* al *condemnatus* in giudizio durante il sistema formulario, vale a dire a un obbligato pecuniariamente: « sicut judicatus con» demnatum se esse significat, ita heres se dare damnatum esse » dicat »; se si aggiungano tutti gli altri casi in che si trova usato *damnas*, e altre ragioni, che verremmo esponendo, massime intorno alla primitiva condizione e al più antico concetto delle obbligazioni, credo se ne dovrà tenere per fermo che anche in questa categoria di legati *damnas* rispondesse dapprima con esatta proprietà ad una *obbligazione in danaro* imposta dall' erede, e solo di poi a poco a poco anche di questi legati (come delle obbligazioni in generale) si allargasse la sfera, e con essa il significato delle parole. Le quali osservazioni son da ripetere intorno al *damnas voti*, che è colui, il quale esaudito dalla divinità nella sua preghiera, è tenuto all' adempimento del voto fatto, e cioè ad una prestazione forse in origine propriamente *pecuniaria*, in gregge, poi in danaro e più tardi d' ogni maniera. Voglio allegare da ultimo un altro esempio di *damnas* a proposito di prestazione in danaro imposta dalla legge e dal magistrato, ed è il « *tantum damnas* » *esto dare* » di *Catone* (v. *A. Gell.* VI, 3, 37), relativo a una

(1) Si confrontino queste parole col « *dare damnetur* » di Gaio III, 210.

multa. Or, come *damnum* e *damnas*, non altrimenti *damnare* e *damnatio* sono appropriati ad esprimere precisamente un' obbligazione, e questa creata non dalla libera volontà, ma dalla imposizione altrui e cioè o di un privato o della legge o del magistrato; talchè *damnare* o *condemnare aliquem alicui* valgono in generale « *damnando addicere, subjicere, obligare* », « *condemnando obligare ut aliquid alicui praestet* » (come ben definisce il *Forcellini);* di che troppi sono gli esempi, e basti per tutti *Festo* v. *addicere:* « addicere..... damnare est ». E obbligazione imposta da privato a privato è denotata da quelle voci non solo in atti stragiudiziali, *nexa*, *testamenta* ecc., ma perfino entro i termini del processo tanto civile, quanto criminale, dove « *damnare* » (dico anche qui coll' esattissimo *Forcellini)* dicitur tum judex » qui lata sententia poenae addicit, tum accusator qui reum pera- » git et ut damnetur obtinet »; indica cioè l'apporre che l' attore fa al convenuto o un debito determinato nella sua quantità, o una determinata pena, in che lo vuole dal giudice a sè obbligato ove sia il caso, e condannato. E così usato trovasi non solo per modo traslato, ma proprio; come in *Cicerone* in Verr. Div. 10, « ego hoc uno crimine illum condemnem necesse est »; e nelle Declam. di *Quintiliano*, 313 « qui caedis reum accusaverit, ne- » que damnaverit ipse puniatur », 331 « qui capitis accusaverit » neque damnaverit ipse capite puniatur », 361, ove l'attore « fu- » rem dupli damnavit exegit quadruplum »; e in *Svetonio* Tib. 8, « reum apud judices fecit et condemnavit ». Il qual *damnare* dell' attore verso il convenuto nella procedura civile indica sempre *imposizione di prestazione pecuniaria;* come si vede nell' ultimo esempio di *Quintiliano,* e parimente nelle parole di *Varrone,* de re rust. II, 2 « emptor potest ex empto vendito illum *(vendi-* » *torem)* damnare si non tradet *(rem venditam)* »; inoltre più acconciamente che altrove in *Plauto* (sicchè questa testimonianza può tenersi anteriore alla Legge Ebuzia) pur in caso di vendita nella *Mostell.* V, 1, 50 « Tanto aput judicem hunc ar- » genti condemnabo facilius »; e infine in *Plauto* medesimo *(Rudens.* V, 1, 2) « damnare quempiam ad recuperatores », dove senza dubbio si rapporta a prestazione pecuniaria, dacchè sempre i recuperatori si veggano condannare in danaro. Si noti poi che *damnare,* e così *condemnare,* nel significato di obbligazione imposta dal giudice al soccombente non sono adoperati soltanto in relazione all' equivalente della cosa litigiosa (dico nella procedura for-

mularia), ma sempre ove si tratti di obbligo in danaro che il giudice imponga; onde trovasi ad es. *summam sponsionis, in summam vadimonii condemnare* ecç. (V. Gaio e le altre fonti). Infine, come in tutti gli altri casi, così e più quando quelle parole significano la imposizione del giudice nell' equivalente della cosa (che è la parte della *formula* detta propriamente *condemnatio)*, sono adoperate di regola coll' accusativo pel soccombente e col dativo pel vincitore, talchè non può dubitarsi che abbiano vero e preciso senso di *obbligare* l' un verso l' altro: *mihi, sibi condemnare, aliquem alicui condemnare* »; « hunc hominem Veneri » absolvit, sibi condemnat (*Cic.* in Verr. 4, 8) », « debitori suo » creditor saepe damnatur (*Seneca* de benef. 6, 4) »; di che in Gaio e nel Digesto infiniti sono gli esempi; basti il *condemna* delle *formulae* in tutti i casi, e sopratutto quella formula di condanna riferitaci da *Emilio Macro* (L. 1, D. quae sent. sine appell. rescind. 49, 8) « Titium Sejo centum condemno », oltre il *condemnare* di fronte all' *adjudicare* nei giudizii misti *fam. ercisc., fin. regund., comm. divid.* (Dig. lib. 10, tit. 1, 2 e 3), e i casi di condanna concepita nel nome del procuratore (Gai. IV, 86) « qui alieno » nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, con» demnationem autem in suam personam convertit ». E di riscontro l' *absolvere* ha sempre del pari esclusivo riferimento alla obbligazione pecuniaria creata dal giudice fra i litiganti (intendo nel sistema formulario); come appare chiarissimo nei casi di un *restituere,* che il giudice col suo *jussus* stabilisce e dichiara, il che per noi sarebbe condanna; laddove in quella procedura se si fosse restituito seguiva un *absolvere,* cioè dall' obbligazione nell' equivalente, e solo non restituendosi, un *condemnare,* cioè la obbligazione nella stima della cosa. Si vegga fra altri luoghi il § 163 del IV di Gaio; e nella L. 34 § ult. D. de jurejur. 12, 2 un esempio non meno evidente in caso di *jusjurandum.* Tanto il *condemnare* era lungi da quel che fu poi non solo nell' oggetto e contenuto, ma e nel suo fondamento e concetto. Ora in tutte le svariate applicazioni fin qui esposte di *damnum, damnas, damnare, condemnare* ecc. coi loro affini, va con tanta insistenza congiunta ad esse l' idea e il contenuto di un' obbligazione in danaro che certo questa dovè sempre essere loro prevalente oggetto, e forse dapprincipio unico. Sopratutto poi il *damnare* e *condemnare* appropriati al caso speciale della condanna in giudizio hanno in sè stesse tanto inerente e connaturato l' esclusivo concetto di condanna pecuniaria, distesosi poi in più ampia comprensione, che si sarebbe

tentati di applicare qui quell' assioma di *Vico:* « le proprietà in-
» separabili da' subbietti devono esser prodotte dalla modificazione
» o guisa con che le cose son nate, per lo che ci possono avve-
» rare tale e non altra essere la natura o nascimento di quelle
» cose »; e cioè da questo solo dedurre, in aggiunta dei recati argomenti, che quello fosse il loro originario unico significato. Ma non vogliamo tentare una strada così ardita; ben gravi ragioni rimangono da allegare, appoggiate non a testimonianze più o meno dirette, ma ad induzioni storiche.

Infatti da tutto quel che si è detto si raccoglie indubitabilmente che *damnare* e *condemnare* significarono in origine *obbligazione,* e propriamente obbligazione creata da altrui imposizione, sia di privati, come in atti stragiudiziali e anche in giudizio, sia del magistrato, per una multa, o un risarcimento, o in generale per una somma di danaro, sia della legge, pur in caso di pena pecuniaria, sia quasi degli Dei nei voti. E posto che valsero *obbligazione*, dico che da ciò solo discende per logica deduzione non avere quelle voci potuto esprimere fin dall' origine se non *obbligazione in danaro,* e cioè *condanna pecuniaria,* come di poi. E qui mi converrebbe penetrare nei più antichi concetti della proprietà e delle obbligazioni, e nella loro storia presso i romani; ma è questa materia tanto ampia e difficile, che vorrebbe da sola lungo lavoro, di cui non è certo qui luogo; sicchè io dovrò contentarmi di raccogliere i dati certi e le notizie incontestate, e ragionare su quelle. Antichissima dev' esser stata fra i romani quella concezione e divisione tanto netta e profonda dei diritti immediati sulle cose (tipo la proprietà), e dei diritti di obbligazione, ch' essi, come gli altri popoli antichi, riguardarono veramente quali diritti sulla persona stessa obbligata, anzichè sulla cosa: « obligationum sub-
» stantia (per dirlo colle parole di *Paolo,* L. 3 D. de oblig. et act.)
» non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum faciat, sed ut
» alium nobis obstringat ad aliquid dandum, vel faciendum, vel
» praestandum »; di guisa che se l' obbligato mancava al debito suo, offendendo la *Fides,* inviolabile Dea « quam in Capitolio vi-
» cinam Jovis Optimi Maximi majores nostri esse voluerunt *(Cic.*
» de Off. III, 29) », sulla persona stessa di lui il creditore avea diritto, e anche di privata autorità se ne impadroniva e la teneva in sua potestà; che è l' antica *manus injectio.* E questa così spiccata distinzione dei diritti fu vivamente e recisamente ritratta nelle azioni civili dalle due solenni formule « *meum est* », « *dare opor-*
» *tet* »; alle quali certo furon applicabili fin dalle origini loro

quelle stupende parole di Gaio (IV, 4): « Sic itaque discretis » actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita » petere *Si paret eum dare oportere;* nec enim quod nostrum » est nobis dari potest, cum solum id dare nobis intelligitur » quod ita datur ut nostrum fiat; nec res quae est nostra, nostra » amplius fieri potest ». Di che segue con tutta semplicità, ma con altrettanta rigorosa certezza, che nelle azioni reali non potesse aversi *damnatio* sulla cosa litigiosa; dacchè una volta dichiarato dal giudice *(judicatum)* il diritto di proprietà di uno dei contendenti sopra la cosa medesima, *tua est*, dovea questi senz'altro averla in sua mano, e il soccombente, se la possedesse, lasciargliela prendere, renderne il possesso *(restituere eam).* Ma non si poteva assolutamente concepire su tale dovuta restituzione un'obbligazione cioè un *dare oportere*, quindi neppure una *damnatio,* perchè « quod nostrum est nobis dari non potest »; nè il vincitore avea diritto alcuno sulla persona del soccombente, non avendo questi impegnata la sua fede, ma unicamente un diritto immediato sulla cosa. Onde la frase *reum actori damnare in ipsam rem* trattandosi di azioni reali, nel senso di condanna a restituire la cosa, come ora noi intendiamo (e come nelle *extraordinariae cognitiones* s'intese), sarebbe stata una contraddizione in termini e una giuridica impossibilità: nè d'altra parte di restituzione coattivamente ottenibile, come taluni pensano, si ha prova o indizio. E la impossibilità di una tale condanna non fu già propria soltanto di quei primi tempi, ma durò necessariamente fino a quando quell'assoluto contrapposto e quei rigorosi concetti durarono, cioè fino ai tempi di Gaio e per tutto il sistema formulario. Sicchè, come fu necessario tutto lo sviluppo del Diritto romano fino alla decadenza dell'età imperiale perchè l'antico rigorismo e le antiche formule perdessero significato, risolvendosi nella *naturale equità,* così ugual corso e sviluppo fu necessario perchè la parola *condemnatio* e il concetto suo potessero applicarsi nel terzo sistema procedurale anche alla imposta restituzione della cosa altrui (1). Dovea essersi prima allargata l'antica sfera delle obbligazioni, ed

(1) Ricorre qui opportuna l'osservazione acuta e profonda che fa il **Forti** (Istituz. di Diritto civ. vol. I, Firenze 1863, pag. 87) intorno allo sviluppo dell'elemento morale nei contratti: « A noi, venuti in tempi di avanzata civiltà, pare » strano che occorresse tanto a trovare cose sì semplici; ma i Romani ch'eran » venuti dalla barbarie, ebber bisogno di molto tempo per giungere da sè ad un » incremento morale di civiltà ».

essersi perduto ogni vestigio dell' antica esecuzione gravante la persona nella *manus injectio,* e fittiziamente personale nei provvedimenti pretorii della *venditio bonorum* e della *missio in bona,* dove cadeva sulla universalità dei beni, e dovea essersi fatta interamente speciale, cioè diretta soltanto all' oggetto in questione. Donde nelle azioni reali la necessità fin dapprincipio (come diremo meglio a suo luogo) dei *praedes litis et vindiciarum,* poi della *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* per tramutare il diritto di proprietà in un diritto di obbligazione, cioè in un *dare oportere,* coattivamente eseguibile, non più sulla cosa stessa, ma sull' equivalente; la quale trasformazione nel sistema formulario *(formula petitoria)* era operata dal giudice in virtù del suo *arbitrium,* sempre pel caso che la restituzione della cosa non si volesse o potesse più fare. Finquì delle azioni reali. Quanto alle obbligazioni sorgerebbe per prima la intricata questione sull' antichità di origine delle loro varie specie; ma non occorrendo al mio tema di risolverla mi basterà stare anche qui ai dati sicuri. Dove è innanzi tutto indubitato che le obbligazioni di *dare* precedettero di molto quelle di *facere* e *praestare* (nate forse queste ultime solo col sistema formulario); che del pari fra le obbligazioni di *dare,* quelle dirette ad un *certum* furono molto anteriori a quelle dirette ad un *incertum.* Inoltre, checchè debba pensarsi delle forme solenni il *nexum,* la *stipulatio,* la *expensilatio,* se esse cioè non rappresentino altro che una maggiore garanzia sociale richiesta per certi atti, ovvero piuttosto (come parmi) attestino priorità di storia nelle obbligazioni che le medesime rivestono, quasi eredità di passati tempi e segni di più remota antichità; checchè voglia tenersi circa l' avere o no coesistito fin dapprincipio i contratti formali coi reali e consensuali (1); certo è però che l' obbligazione in danaro ebbe sempre sulle altre tale primato e predominio da essere la più efficace di tutte per la protezione della legge e la esecuzione coattiva. Infatti delle tre forme solenni di contratti or nominate, il *nexum* (mutuo simbolico) e la *expensilatio* (fondata sopra un finto prestito in danaro) non poterono mai dar luogo se non ad obbligazioni pecuniarie; e il medesimo si dica della *stipulatio* nell' origine sua: « stipem esse nummum si-

(1) Si vegga il **Padelletti** Storia del Diritto cap. 21 e 22, dove sostiene, contro l' avviso di altri autorevoli scrittori, la coesistenza fino in antico delle due categorie di contratti.

» gnatum testimonium est.... cum spondetur pecunia quod stipu-
» lari dicitur » (*Festo* v. stips); « qui pecuniam obbligat stipu-
» lari et restipulari dicunt (*Varrone* de L. L. V, 182) ». La storia e lo sviluppo delle *condictiones certi* e *triticaria*, così stupendamente esposti dal *Savigny* (Appendice XIV sopra citata) mostrano esplicarsi a poco a poco dalla *pecunia credita* il concetto e con esso la tutela procedurale delle altre obbligazioni unilaterali, e prima per le cose fungibili più vicine alla *pecunia*, poi per le singole *species*, ma sempre in quanto tramutabili o tramutate in danaro. E gli stessi contratti consensuali e reali si vedranno esser stati soggetti in antico a tal procedura, che le obbligazioni *de certa re* in essi comprese convertiva sempre in pecuniarie. Ne fanno prova altresì i nomi, che divennero poi comuni a tutte le obbligazioni, derivati dalla *pecunia credita*, come *debere (de-habere, dehibere)* e *credere*, colle parole affini (1); il vedere che anche pei giureconsulti classici la *pecunia credita*, la *mutuo data pecunia*, è come il tipo a cui le altre obbligazioni si confrontano, e a cui imitazione si foggiano e si fanno valere. Infine, come già si è detto, solo le obbligazioni in danaro aveano tal forza da dare al creditore diritto sulla persona stessa del debitore, così stragiudizialmente *(manus injectio)*, come altresì in giudizio *(legis actio per manus injectionem)*. Dalle quali cose si potrebbe fors' anco dedurre che la *pecunia credita* fosse propriamente l' origine di tutte le obbligazioni; il che avrebbe eziandio fondamento nelle seguenti considerazioni. È certo che anticamente nella *permuta*, e di poi nella *vendita*, prime forme degli umani negozii, lo scambio o delle cose permutate fra loro, o della merce col prezzo, si faceva all' atto stesso e immediatamente, talchè immediata era la trasmissione della proprietà d' ambo i lati: come ne dà sicura testimonianza la solennità della *mancipatio*, che vuole l' attuale consegna della cosa e del denaro (non rilevando che perdesse più tardi l' antico rigore), e com' è conforme alla natura di quei primi romani, che essendo (sono parole di *Vico*) « sommamente rozzi, dei quali è
» proprio l' essere sospettosi », in ogni loro negozio « si assicura-
» vano colla mano ». Il che esclude, com' è evidente, da quegli antichi contratti ogni idea di *credere* e di *fides*, che non potè nascere se non colla *pecunia credita*. Giacchè la *pecunia*, quale

(1) **Savigny** l. c.; e le LL. 10, 11, 12 D. de verb. sign. (50, 16), insieme colla L. 5 § 3 D. de Oblig. et Act. (44, 7) ed altre.

cosa fungibile per eccellenza e sempre mutevole nelle mani dei proprietari, prima d'ogni altra dovè accomodarsi al concetto di *dare a fidanza di restituzione*, cioè *credere*. E nel *mutuo*, facendo il ricevente sua l'altrui *pecunia* e consumandola, coll'obbligo di renderne poi altrettanto, fu in necessità il mutuante, privo dell'azione rivendicatoria, di appoggiarsi invece alla *fides* del debitore, il quale in virtù della obbligazione personale dovè non la *species*, ma ciò che propriamente chiamasi *aes alienum*, non *restituere*, ma *dare*. Ma senza di ciò, basta al proposito mio il fatto che obbligazione solenne, piena, efficace fosse la sola pecuniaria, per inferirne che se il magistrato obbligasse, in sola *pecunia* obbligasse. Ed è poi ad ogni modo ben certo che in genere obbligazione creata anche contro volontà dell'obbligato per altrui imposizione e coazione, non fosse dapprincipio possibile che *pecuniaria;* e ammettono infatti quasi tutti gl'interpreti (l'*Huschke* e i suoi seguaci più specialmente) che *damnas* e *damnare* in tutte le loro applicazioni esprimano obbligazione solenne ed efficace eseguibile per *manus injectio*. Il che è insieme conforme alla natura delle cose perchè nelle prestazioni non pecuniarie, sebbene fosse il debitore tenuto a *dare* una cosa determinata mediante la *mancipatio* o la *traditio*, tuttavia non poteva il creditore ottenerla coattivamente, richiedendosi a quegli atti di traslazione di proprietà il concorso volontario del debitore, che ricusando non poteva esservi astretto: laddove nelle obbligazioni pecuniarie, nella *credita pecunia*, a parte ogni idea di *species*, non si considerava che la *fides*, l'obbligo personale del *dare oportere* il *tantundem*, *aes alienum*, e quindi il diritto sulla persona, donde in caso d'inadempimento, l'esecuzione sulla persona medesima. Tutto prova che la sola obbligazione pecuniaria dovè dapprincipio essere, come rimase poi per gran tempo, oggetto di una imposizione giudiziale al pari che di una esecuzione forzata.

Rimane insomma, a mio parere, provato con ragioni insieme etimologiche, giuridiche e storiche, che il contenuto unicamente pecuniario della *damnatio*, lungi dall'essere un'innovazione propria del sistema delle *formulae*, è per converso originario e naturale alla cosa stessa da quella parola significata, derivando necessariamente dai concetti semplici e rozzi, ma recisi e rigorosi, che dei diritti di proprietà e di obbligazione in antico si ebbero: e così quel fondamentale principio ha cagioni non estranee e contingenti, ma intime, profonde, e, per dir così, organiche, le quali

si collegano con tutte le idee e le condizioni di quella società ancor nuova. Talchè della *condemnatio pecuniaria* devesi fare ugual ragione che, per esempio, della *stipulatio* cominciata solo per obbligazioni in danaro e allargatasi poi ad ogni altra obbligazione, e così dell'esecuzione, che solo da ultimo, spogliandosi dell'antico concetto personale, cade direttamente e specialmente sulla cosa. E ora si farà manifesto come la dimostrata significazione di *damnare* si accordi coll'ordinamento delle singole *legis actiones*; nell'esame delle quali deve tenersi presente l'insegnamento di *Vico*, che « i nativi costumi e sopratutto quello della natural libertà non si » cangiano tutti ad un tratto, ma per gradi e con lungo tempo »; onde si vedranno avanzi della pristina indipendenza e una certa reluttanza al giogo dell'autorità, pur fortemente e militarmente costituita, chè non era antico quel tempo che i primi tribunali diedero agli abitatori del Lazio d'essere giusti.

§. III.

La legis actio sacramento.

Toccherò soltanto le notizie e le questioni connesse strettamente col mio tema, ommettendo le altre. Il carattere generale, pericoloso e simbolico, il formalismo religioso, la *nimia subtilitas* provano la *legis actio sacramento* più antica di tutte, prima origine e forma di tutta la procedura romana. In essa le parti contendenti si presentano al magistrato (il Re, il Console, il Pretore), e affermando entrambe solennemente diritto di proprietà sopra una stessa cosa, o affermando l'una e negando l'altra un vincolo di obbligazione, segue fra loro alterco o lotta simbolica, avanzo forse d'antica realtà, ora non più che tradizionale, e pur necessario, fondamento all'azione. Il magistrato interrompe l'alterco, e i litiganti cessando dalla privata violenza, affidano al senno del giudice la definizione della contesa, mettendo pegno ognuno di loro sopra una data somma di danaro (50 o 500 assi) di aver egli affermato il vero ed il giusto, e provocando l'avversario a fare altrettanto: « quando tu injuria vindicavisti », ovvero « quando negas, quando » ais dare oportere, sacramento quingenario (vel quinquagenario) te » provoco (*Gai.* IV, 15, 16 — *Val. Prob.* Notae in leg. act.) ». E così costituita sulle contrarie affermazioni di diritto una scom-

messa, di questa veramente le parti aspettano ed ottengono dal giudice la decisione; la quale, dovendo appunto fondarsi sulla ricognizione del diritto *(judicare)*, viene di necessità a risolvere implicitamente anche la controversia giuridica. Talchè chi vince la scommessa può riprender la somma, depositata intanto presso i Pontefici, e vince insieme la lite, chi perde la scommessa, perde insieme la lite e non può riprender la somma, « quae » consumebatur in rebus divinis ». E dopo ciò resta solo che i litiganti medesimi ristabiliscano fra loro i rapporti di diritto così dichiarati *(judicati)*. Dove si vede che, come ***il diritto di punire*** ha suo principio nella ***vendetta privata***, e ***il diritto di proprietà*** nella bellica occupazione e nell' ***hasta***, « signum quod» dam justi dominii, quod maxime sua esse credebant quae ex ho» stibus cepissent (*Gai.* IV, 16) », così colla scommessa incomincia l'amministrazione della giustizia civile (1). Ma che il magistrato (o giudicando egli stesso, ovvero mediante i Pontefici, o i Centumviri, o l' *unus judex*, il che non accade qui definire) determinasse così solo indirettamente a chi spettasse una controversa proprietà, o se esistesse una data obbligazione, pronunciando « cu» ius justum, cuius injustum sacramentum esset », sebbene sia ammesso ora dalla generalità degl' interpreti, è negato tuttavia da taluni. Fra questi ultimi lo *Stintzing* e il *Buonamici* sostengono che non sulla scommessa sentenziasse il giudice, bensì direttamente sulla controversia, sicchè la perdita di quella non fosse che parte secondaria e pena susseguente a una sentenza e condanna *in ipsam rem;* il *Mayer* pensa il medesimo, solo vuole che anche allora il giudice riducesse per regola ogni condanna a danaro. Contro le quali opinioni però stanno i noti passi di *Cicerone* (pro Caec. 33 — pro dom. 29 — pro Mil. 27 — de Orat. I, 10) e di *Arnobio* (IV, 16), dove costantemente si trova — « sacramentum justum, sa» cramentum injustum judicare, injustis vindiciis ac sacramentis a» lienos fundos petere, justo sacramento contendere, vindicias justas » dare, sacramenta pronunciare non justa » —; stà contro la considerazione che il *sacramentum*, la scommessa, è come l'anima e la sostanza di quella procedura; che nella *sponsio* (d'ugual natura del *sacramentum*) la decisione si fece sempre anche ai tempi di Gaio

(1) A maggior conferma di ciò giova ricordare la notizia che l' **Ortolan** (Explic. hist. III, §. 1917 nota 2) reca, sul riferto del **Lefèvre**, che anche oggi nell'Abissinia il giudizio civile s' inizia con una scommessa.

indirettamente (*Gai.* IV, 93 e 165 e seg.); che in particolare nella *sponsio praejudicialis* benchè la *summa sponsionis* non sia poi pagata, pure la *sponsio* deve ugualmente farsi « propter hoc solum » ut per eam de re judicetur », e così la *intentio,* come la *condemnatio* della *formula* debbono nulla meno concepirsi nella *summa sponsionis* (*Gai.* IV, 94); che infine Gaio attesta pe' suoi tempi nel *sacramentum* medesimo la decisione indiretta (IV, 95), e che altra non era, nè poteva essere, sempre che furono giudici nelle azioni per sacramento i Centumviri (1). È fermo pertanto che il *judex* col suo giudicato, *judicans,* sentenziava chi avesse perduta la scommessa e chi no; onde la ricognizione del diritto, che nella procedura formularia « non appariva (come dice esattissimamente il *Savigny* op. cit., vol. 5, pag. 94) che quale motivo di condan- » nare al pagamento della somma di danaro, che dovea sempre » essere l'oggetto della condanna », nell' *actio sacramento* non appariva che quale motivo a decidere della scommessa. Finquì l' ufficio del giudice è dunque non altro che *judicare* nel suo senso più proprio; il soccombente è *judicatus,* non *condemnatus:* or si aggiungeva egli a ciò una vera ed espressa imposizione del giudice o a restituire, o a dare la cosa stessa, o l' equivalente, aggiungevasi cioè la condanna? Lo negò, come dissi, il *Keller*, e molti con lui; ma poi egli stesso e i suoi seguaci (tanto più quelli che non lo seguono) parlano in modo vago e indeterminato di una *condanna in ipsam rem,* che avrebbe tenuto dietro a quella decisione, e che da un *arbitrium liti aestimandae*, come procedura di liquidazione, sarebbe stata mutata, al bisogno, in pecuniaria (2). Anzi il *Karlowa* (op. cit. §. 9) riguardo alle azioni reali, *actio sacramento in rem*, di cui terremo ora particolare proposito, trae argomento a questa opinione specialmente dalle *vindiciae,* possesso provvisorio della cosa litigiosa dato dal Pretore a una delle parti dopo la scommessa: « postea Praetor secundum alterum eo- » rum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem con- » stituebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindi-

(1) Di questo Tribunale l' origine e l' età sono incertissime; sicchè vi ha chi lo fa risalire a Servio Tullo e più indietro; laddove il **Padelletti** da ultimo nella sua Storia, e già nell' Arch. giur. XV, pag. 534, lo riguarda come conquista della plebe e lo tien nato nel secolo V.

(2) Vedi **Padelletti** Storia pag. 205 — e **Bethmann-Hollweg** Civilpr. I, pag. 189 e 196.

» ciarum, id est rei et fructuum (*Gai.* IV, 16) ». E ne induce che le parti non cercavano soltanto chi fosse proprietario, ma altresì se *jure* o *injuriâ* si ottennero le *vindiciae*, e se quindi dovesse restituirle chi le ottenne; quasi anche su ciò si pronunciasse espressa imposizione: collegando il *Karlowa* alle *injustae vindiciae* l'*injuria vindicavisti* della provocazione. Senonchè l'*injuria vindicavisti*, che nell'ordine del procedimento vien prima e si riferisce solo alla proprietà, nulla ha che fare colle *vindiciae*, possesso provvisorio, che segue di poi. E che del resto le parti provvedessero esse stesse alla restituzione della cosa senza aspettare ordine del giudice, appare evidente, dacchè ne davano esse mallevadori; nè infine la espressa imposizione del giudice avrebbe nulla aggiunto di forza all'obbligo di restituire, non potendolo rendere eseguibile giudizialmente (1). Ma al postutto ciò che è da tener fermo per le cose dette intorno al *damnare*, che vale *obbligare*, si è la impossibilità d'imporre al soccombente un *dare oportere* verso il vincitore di cosa già sua, donde l'assoluta esclusione di una *condemnatio in ipsam rem*, che sarebbe stata in quei tempi un assurdo. La cosa adunque non poteva essere che *judicata*, e rimane solo a indagare se non conformandosi il soccombente al giudicato, cioè non restituendo la cosa, ricorresse il vincitore al giudice, secondo la opinione comune, per un *arbitrium liti aestimandae*, mediante il quale non già si tramutasse una condanna *in ipsam rem* in pecuniaria, chè condanna non v'era stata, ma *aestimata re* si trasformasse il diritto immediato sulla cosa in diritto di obbligazione verso la persona per l'equivalente della cosa medesima. Nel qual caso soltanto, ad ogni modo, sarebbe divenuto il soccombente obbligato al vincitore per efficace comando del giudice, e obbligato in danaro « *damnatus actori* ». Sicchè l'ipotesi di un tale *arbitrium* nell'*actio sacramento in rem* lungi dal contraddire, ben si accorderebbe anzi col mio assunto, derivandone che anche qui non si sarebbe avuta *condemnatio* se non *aestimata re*, e così *condemnatio* consistente in un'*obbligazione imposta dal giudice in danaro*. Il che mi di-

(1) L'**Hollweg** opina che vi fosse una esecuzione *manu militari* per la restituzione della cosa, traendone unico argomento dalle tanto disputate parole « si velit is..... » ecc. del frammento delle XII Tavole che or ora esamineremo, e del quale è così guasto il testo da restarne, si può dire, ignoti il senso ed il riferimento.

spenserebbe dal parlare più distesamente di questo *arbitrium*, se oltre ad incontrare troppo forti obbiezioni pur nell' *actio sacramento in rem*, non si dovesse poi, a mio avviso, escluderlo affatto dall' *actio sacramento in personam;* mentre che d' altro lato al-l' *arbitrium* medesimo e alla conseguente *condemnatio* ben più importante e necessario luogo rimane nelle azioni personali fuor dell' *actio sacramento.* Però mi conviene dirne qui brevemente. Gli argomenti sui quali si tiene il detto *arbitrium* proprio della *legis actio sacramento* si traggono (1) in primo luogo dall' essere la esecuzione coattiva possibile solo per debiti pecuniari, e insieme dalla nota di *Valerio Probo,* che indica semplicemente un arbitro, *arbitrum liti aestimandae;* in secondo luogo dal frammento delle XII tavole conservatoci da *Festo* (v. *vindiciae*) « si vindi-» ciam falsam tulit, si velit is ..... tor arbitros tris dato, eorum » arbitrio.... fructus duplione damnum decidito » (vedi *Bruns*, pag. 210; e *Müller*, Sext. Pomp. Festi de Verb. Sign., Lipsiae 1839 — e le note d' entrambi); infine dal *judicium repetundarum ex lege Acilia* (*Bruns*, pag. 42, n. 7 e pag. 49, n. 58), dove una *litis aestimatio* tien dietro alla sentenza di condanna. Ma questi argomenti, di nessun valore per l' *actio sacramento in personam,* sono poco concludenti anche per quella *in rem.* Che infatti il frammento delle XII tavole si riferisca a questo caso di restituzione della cosa, troppo fortemente è messo in dubbio: *falsus* indica sempre deliberato inganno, frode, mala fede, quindi mal si applica alla rivendicazione e alle *vindiciae,* che a torto, ma in buona fede, si possono pretendere ed ottenere, e che con più verità ed esattezza sono sempre qualificate d' *injustae,* come si vede nei citati passi di *Cicerone* e di *Arnobio,* « *justae, injustae vindiciae* », conformemente all' « *justum, injustum sacramentum* », e all' « *injuria vindicavisti* », che vale « *contra jus, non jure* » senza più ampio o diverso significato. E mentre coll' epiteto *falsam* nel significato ora detto (che contiene il *mendacium*) ben si accorda la pena del doppio (2), male invece si accomoderebbe così in generale alle *injustae vindiciae;* pena, di cui non sarebbe rimasta traccia e memoria veruna, nè avanzo o indizio, neppure

(1) **Keller** §. 16. — **Karlowa** pag. 81 — **Padelletti** St. pag. 205. ecc.

(2) Dico *del doppio* senz' altro, che è ciò, che qui importa: il testo guasto reca solo « *fructus duplione* », e lascia al tutto in forse se e che cosa disponesse intorno alla *res;* nè valgono le varie congetture in proposito.

nell' *agere per sponsionem in rem.* Anzi per contrario Gaio nel §. 16 del IV dice senz' altro: « praedes litis et vindiciarum *id est rei et fructuum* » certo esattamente, intendendo cioè, com' è naturale, « *in simplum* » non « *in duplum* »; chè se fosse stato nel doppio l'avrebbe detto, e il non averlo egli avvertito l'esclude; tanto più che avrebbe forse quel doppio dovuto entrare nel contenuto della malleveria. E similmente nessun ricordo e traccia rimane dei *tre arbitri* nelle azioni reali; anzi la nota di *Valerio Probo* reca *arbitrum.* Oltracciò in quel testo la parola *vindicia* è al singolare, mentre il possesso (al pari dei frutti) è sempre designato dal plurale *vindiciae;* e dippiù indubbiamente vi significa nel suo senso più antico (1) la cosa stessa sulla quale cade la controversia, e in tal senso appunto *Servio Sulpicio* la reca in esempio: « At Ser. Sulpicius ...... iam singulariter formato vin- » diciam esse ait ..... qua de re controversia est, ab eo quod vin- » dicatur ..... et in XII Tab.: « si vindiciam falsam tulit ecc. ». Infine il *ferre* nel senso di *ottenere, conseguire*, e più il *ferre vindiciam* per *ottenere il possesso,* sono esempi unici e troppo discutibili. E dopo tutto ciò si noti che secondo l'applicazione che si vuol dare a questa disposizione il *duplum* non sarebbe già pena dell' ingiusta rivendicazione e del possesso ingiusto, senza distinguere se di buona o mala fede, nel qual senso soltanto può essere, ed è, sostenuto come conforme a quegli antichi tempi; ma verrebbe ad essere unicamente pena della mancata restituzione. Dacchè non sembra mettersi in dubbio che restituendo senz' altro cosa e frutti in natura non fosse il soccombente, ancorchè di mala fede, già liberato, supponendosi l' *arbitrium* solo pel bisogno di esecuzione forzata; laddove avrebbe pagato il doppio anche il rivendicante e possessore di buona fede quando, pur senza sua colpa, avesse mancato alla restituzione. Il che parmi più che a sufficienza per dire che quel frammento si applica con troppo sforzo e inverosimiglianza al caso in discorso, e che deve avere altro riferimento, cui non è qui il luogo d' indagare. Nè più stringente è l' argomento tratto dal *judicium repetundarum;* che

(1) Come osserva il **Buonamici** (scritto cit. pag. 48); dove nota altresì che l' altro caso di *vindicia* al singolare (sono i due soli esempi) in **A. Gellio** (XX, 10, 7) vale, in senso pur antico, e rispondente a quello di *Servio Sulpicio,* la stessa « correptio manus in re atque in loco praesenti apud Praetorem ex XII Tab. », in relazione al *manum conserere.*

infatti quel *judicium* dapprima, quand' era *privatum*, facesse parte dell' *actio sacramento in personam*, si vedrà fra poco non potersi ammettere; e ad ogni modo (anche concesso ciò) il pensare che pur allora fosse seguita la sentenza da una *litis aestimatio*, come di poi quando fu *publicum*, sarebbe semplice congettura. Senza di che è evidente (come riconosce lo stesso *Karlowa* pag. 146) che in tale *judicium* la *litis aestimatio* avrebbe avuto anche allora uffizio ben diverso da quello che nell' *actio sacramento in rem* si vorrebbe, l' uffizio cioè non di stabilire la stima della cosa giudicata, ma sì invece, dichiarato una volta taluno reo *repetundarum*, determinare poi, ad istanza degli offesi, di quanto ognuno in particolare dovesse essere risarcito: al che non occorreva *rigiudicare*, ma solo valutare, concretare, *aestimare* in applicazione del giudizio; e in questo senso lo spiega *Cicerone*, pro Cluent. 41, concludendo « aestimationem litium non esse judicium ». E infine, tolti così questi fondamenti alla congettura di un *arbitrium* consecutivo, si aggiunge contro lo stesso *arbitrium* che sul valore della cosa dovessero le parti in certo modo esser d' accordo fin dall' introduzione del giudizio, quando ad esso commisuravano il *sacramentum* di 50 o 500 assi; e dovessero poi averlo meglio fissato fino dal momento che nell' *actio sacramento* si costituivano i *praedes litis et vindiciarum*, e più tardi nell' *agere per sponsionem in rem* (*Gai.* IV, 93) dal punto che si stringeva la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*. La quale *stipulatio* certamente (e ciò che di essa si dice, è da ripetere dei *praedes*) non poteva aver per oggetto la restituzione della cosa al vincitore, perchè « quod nostrum est nobis dari non potest », ma invece, siccome vera obbligazione, in antico di sua natura pecuniaria, e per necessità delle cose, dovea avere per contenuto una somma di danaro che tenesse luogo della cosa e dei frutti *(litis et vindiciarum)*. Vero è che questa obbligazione della *stipulatio* e dei *praedes* potrebbe pensarsi concepita indefinitamente in un « *quanti ea res erit* » (sebbene le obbligazioni incerte non siano molto antiche) da determinarsi poi, quando occorresse, sia dalle parti stesse, sia dal giudice in appendice al giudizio, o da chiedersi fors' anche (come nuovo credito pecuniario) in un nuovo giudizio; ma è più naturale, almeno pel tempo più antico, ritenerla concretata fin dapprincipio nella sua quantità, resa *certa*, ad ogni modo per la *res*, e forse stabilita proporzionalmente e in modo approssimativo anche pei frutti. Insomma in tanta incertezza non si può, parmi,

risolutamente affermare che si procedesse nell' un modo anzichè nell' altro. Ma quel che è certo si è che nell' *actio sacramento in rem* non poteva essere il soccombente verso il vincitore *damnatus*, cioè obbligato, per la restituzione della cosa; bensì che tale potea divenire una volta tramutata la proprietà in obbligazione pecuniaria, comunque tale tramutamento si facesse o al momento che si costituivano i *praedes*, o solo dopo la decisione per *arbitrium* del giudice; dopodichè soltanto era veramente obbligato per effetto del giudicato pecuniariamente ed efficacemente « *damnatus aestimata re, damnatus pecuniae* ». E ciò è in armonia colla interpretazione data al §. 48 di Gaio, e spiega nel §. 21 la voce *damnatus* (della quale si vedrà più innanzi la più ampia comprensione) di fronte al *judicatus*, che rimane proprio dell' *actio sacramento in personam.*

Intorno alla quale *actio sacramento in personam*, vogliono i trattatisti che il consecutivo *arbitrium* vi avesse luogo per le azioni dirette a una *certa res* o ad un *incertum* e per le obbligazioni *ex delicto;* casi questi che vi si pretendono compresi insieme colle azioni *de certa pecunia.* E qui sia detto tosto che a nessuno dei detti casi potrebbe riferirsi il frammento decemvirale, che parla di *vindicia*, cioè di proprietà; che inoltre per le azioni *de certa re* e di un *incertum* l' argomento tratto dal *judicium repetundarum* trova le stesse obbiezioni che per le azioni reali. Senonchè una questione, dirò così, pregiudiziale si presenta: qual fosse la comprensione di questa *legis actio in personam;* ricerca priva del maggior aiuto nelle fonti, essendo illeggibile il relativo passo di Gaio (IV, 15), nè molto approfondita dagl' interpreti, come nota il prof. *Padelletti*, il quale però da ultimo l' ha fatta soggetto di un suo pregevolissimo studio (Arch. giur. XVII, pag. 328 «*Le legis actiones*»). Ora che l'*actio sacramento in personam* non potesse comprendere se non un *dare oportere* diretto ad un *certum*, anzichè applicarsi più specialmente (come vuole il *Bekker*, Die Actionen des röm. Privatrechts, Berlin 1871) sia ad un *incertum deberi*, sia ad un *factum esse*, lo provano incontestabilmente e la parola *dare*, che vale soltanto trasferimento di proprietà e sola leggesi nella formula di *Valerio Probo*, 4 in leg. action. « aio te mihi dare oportere »; e la necessità che il valore della cosa stessa fosse noto e certo fin dall' introduzione del giudizio per commisurarvi il *sacramentum;* e più ancora lo strettissimo *gius*, che domina nella procedura per iscommessa, e l' indole di essa proce-

dura, per la quale o tutto ottenevasi o tutto perdevasi; rigore e necessità non applicabili, o almeno con troppo pericolo, a prestazioni di lor natura indeterminate (così il *Padelletti* l. c.). Le quali ragioni ne escludono l'*actio furti nec manifesti*, che taluni vi pensarono compresa (1), e ogni altra simile; essendo inconcepibile come si potesse per *sacramentum* contendere sulla colpevolezza, non estimabile a danaro, e solo di poi stabilire con un *arbitrium liti aestimandae* l'ammontare della prestazione. Con che rimane escluso dall'*actio sacramento in personam*, insieme alle altre azioni *ex delicto*, anche il *judicium repetundarum;* dacchè non sia verosimile che in esso i singoli offesi determinassero precedentemente il danno loro con tanto pericolo di perdere e la scommessa e il risarcimento: e così vien meno l'argomento che da questo *judicium* si vuol ricavare per l'ipotesi dell'*arbitrium.* Posto dunque che solamente ad un *certum* fosse applicabile questa *legis actio*, resta a cercare se quel *certum* potesse essere del pari una *certa res*, che una *certa pecunia*, secondo che stima il *Padelletti* (vedi Arch. l. c. e Storia pag. 194). Dove mi sembra per contrario che la sola *certa pecunia* desse materia all'*actio sacramento in personam:* ed eccone le ragioni. In primo luogo se si richiami quel che fu detto circa le antiche obbligazioni romane, circa il *nexum*, la *expensilatio* e la *stipulatio*, le due prime sempre, l'ultima dapprincipio proprie unicamente di obbligazioni pecuniarie; se si ponga mente che, pur ammessa la coesistenza fino in antico dei contratti reali e consensuali coi formali, il *Padelletti* medesimo (Storia cap. 21 nota 1 e cap. 26) attribuisce ai primi la *judicis postulatio* come loro propria procedura; ne seguita che nella comprensione dell'*actio sacramento in personam* la sola *stipulatio* sarebbe stata capace di un'obbligazione *de certa re.* Quando la *stipulatio* cominciasse ad abbracciare anche la *certa res* è incertissimo; ma, pur supposto tale ampliamento molto antico, io sono di credere che le stipulazioni *de certa re* non trovassero luogo nella *legis actio sacramento*, bensì nell'altra pur antica *per judicis postulationem.* E sebbene la piena dimostrazione di questo punto non possa farsi se non dopo l'esposizione della *judicis postulatio*, tuttavia apparirà fin d'ora la cosa assai probabile se si consideri che la congettura di un consecutivo *arbitrium* non trova qui nessunissimo appoggio, anzi ragioni in contrario; se si

(1) **Keller** § 15 — **Bethmann-Hollweg** I, pag. 172 — **Karlowa** § 14.

guardi la storia delle *condictiones* (*Savigny,* Appendice citata di sopra), dove le obbligazioni *de certa re* (prima di cose fungibili, poi di ogni *species*) si vengono parificando alla *pecunia credita,* e il giudice non pone in esse, come nelle azioni *bonae fidei* ed *arbitrariae*, il *jussus* del *restituere* cioè dell'adempimento in natura, ma le tramuta senz' altro in pecuniarie, *aestimata re condemnat;* se si osservi che *dare* (lo nota il *Karlowa* pag. 124) si riferì dapprincipio solo a *pecunia*, poi a cose fungibili di valore certo sul mercato; e da ultimo che *certum*, come il *Savigny* (l. c.) dimostra, valse in istretto senso *certa pecunia* anche al tempo dei classici Giureconsulti. Ne fanno fede l' appellativo *condictio certi*, cioè *certae pecuniae,* il titolo *de rebus creditis, si certum petetur et de condictione certi* nel Digesto (12, 1) e il titolo *si certum petatur* nel Codice (4, 2), le L.L. 9 e 24 D. tit. cit., e la L. 1 pr. D. de condict. tritic. (13, 1), e Gaio nel § 175 del III, nel quale però il Giureconsulto mette a pari della *certa pecunia* tutto quello che « pondere et numero constet, et ita si » certum sit », aggiungendo: « quidam et de eo quod mensura » constat idem existimant ». Dal che procede che la *certa res* non fosse un *certum* e quindi, come ogni altro *incertum*, non potesse entrare nell' *actio sacramento* se non trasformata prima in *pecunia*, o piuttosto non vi avesse affatto luogo, ma invece facesse parte della *legis actio per judicis postulationem;* è ciò sarà meglio provato più avanti. Intanto sopra tali considerazioni ponendo mente alle sole azioni *de certa pecunia*, sarà egli da pensare che per esse il giudice non solo dichiarasse il diritto, ma aggiungesse un espresso comando di soddisfarle, e così una vera condanna seguisse alla decisione indiretta? Troppe ragioni la escludono. È da premettere che non voglionsi punto uguagliare (di che però è disputa fra gli storici) la *manus injectio* stragiudiziale, semplice e natural conseguenza del *nexum*, e la *legis actio per manus injectionem,* tuttochè entrambe risultanti dagli stessi concetti e appoggiate sugli stessi fondamenti. Giacchè il doversi quest' ultima compiere *in jure*, il vedersi i *nexi* e i *judicati*, comecchè parificati sotto certi rispetti e spesso congiunti, pur sempre chiaramente distinti, l' essere la perdita della libertà e cittadinanza propria solo dei *judicati* e conseguenza dell' *addictio,* donde gli esorbitanti poteri di vendere ed uccidere, e donde fors' anco la particolarità che Gaio nota (IV. 24) del non potersi nella *manus injectio judicati* o *pro judicato*, a differenza della *manus injectio pura*

« manum sibi depellere et pro se lege agere ecc. »; sono prove evidenti della maggior forza che in ordine all'esecuzione avea il debito riconosciuto dal giudice, *judicatum*, sopra quello dipendente solo da convenzione. Onde io seguo coloro i quali reputano la *legis actio per manus injectionem* un modo generale di esecuzione, non proprio soltanto delle obbligazioni, poichè generali sono i termini delle fonti in proposito, nè della pretesa restrizione si ha traccia; e d'altro lato sono condotto dalle premesse cose a tenerla una procedura meramente esecutiva, che non comprendesse perciò quanto ai *nexa* anche il giudizio, com'altri vorrebbe, sull'esistenza dell'obbligazione. In conclusione io penso che pur i contratti per *nexum* potessero dedursi in giudizio mediante l'*actio sacramento*, come le *stipulationes* e le *expensilationes*, e godessero dipoi della *legis actio per manus injectionem*, esecuzione giudiziale più efficace e severa. In tali questioni però non ho creduto dovermi addentrare dippiù, non essendo essenziali alla risoluzione del mio tema; e così non intendo di cercare se il *judicatus* e il *damnatus* giudizialmente colla consecutiva *legis actio per manus injectionem*, siano stati tipo ed esempio (come vuole il *Karlowa* § 18) ai *damnati* per *nexa*, *vota* ecc., o non piuttosto sia stato il contrario, come parmi più naturale, giacchè la obbligazione nel suo concetto antico colla stragiudiziale esecuzione sulla persona dev'esser stata ben prima della condanna ed esecuzione giudiziali. Ma fatta astrazione da tutto ciò, mi basta che sia manifesto come, una volta riconosciuta la contestata obbligazione in danaro, non occorresse altra imposizione di obbligazione, *damnatio*, dacchè il debitore era già obbligato al creditore, e solo al riconosciuto vincolo (*judicatum*) si aggiungeva tal forza da essere eseguibile giudizialmente. E le più antiche testimonianze infatti, l'« *aeris* » *confessi rebusque jure judicatis* » delle XII Tavole, il *judicatus* nella formula della *manus injectio judicati*, il semplice appellativo *judicati*, che negli storici e nelle fonti giuridiche indica i debitori già stati soggetti a giudizio, *pecuniae judicati*, *nexi et judicati*, ecc., dànno a vedere che solo un *judicare* era intervenuto nei giudizii *de credita pecunia*, di che solo vi era bisogno, non un *damnare*, che sarebbe stato superfluo. Il che è meglio in armonia colla decisione indiretta sulla scommessa, ed è conforme a quello che avveniva nelle azioni reali, e risponde al concetto ed ufficio del *judex* in quella società da poco costituita, nella quale non si chiedeva dal magistrato che il riconoscimento del diritto,

e l'esecuzione, benchè consecutiva al giudicato, era iniziata di privata autorità.

Concludo pertanto che dal procedimento della *legis actio sacramento* usciva il soccombente soltanto *judicatus* così nelle azioni personali, come nelle azioni reali; nelle prime, unicamente pecuniarie, sempre *judicatus pecuniae,* senz'altra *damnatio;* nelle seconde pur solo *judicatus,* ond'era promessa e garantita fra le parti la restituzione della cosa; potendo però in queste ultime, ò per *arbitrium liti aestimandae* del giudice, o altrimenti, esser tramutata la proprietà nella obbligazione dell'equivalente della cosa, imposta dal giudice al soccombente, il quale diveniva per tal modo *damnatus pecuniae* verso il vincitore.

Rimarrebbero a studiare talune importanti modificazioni della *legis actio sacramento;* come sarebbe il termine dei 30 giorni alla nomina del giudice (*Gai.* IV, 15), la qual innovazione recata dalla *Lex Pinaria,* di età ignota, trapassò poi nella *condictio;* e la riforma della *Lex Papiria* (circa alla metà del V secolo di Roma), per la quale la somma dell'*injustum sacramentum* tolta ai sacerdoti e ai sacrifizii, mediante i *triumviri capitales* « ad aerarium redibat » (*Varrone*), « in publicum cedebat » (*Gaio*); ed altre, sulle quali non mette conto di trattenersi. Una sola, che non si sa quando fatta e in apparenza lieve, è degna di considerazione pel tema della condanna; quella per cui la somma del *sacramentum* non fu più depositata *ad pontem* (*Varrone*), ma obbligata e garantita con mallevadori, *praedes sacramenti* al Pretore dalle parti. Riforma rilevante perchè da essa nacque che il Pretore dovesse imporre al soccombente il pagamento della detta somma, che è una *damnatio* nel suo proprio significato. E fu questo un passo assai notevole verso *la procedura per sponsionem.* Della quale procedura più semplice sottentrata in molti casi alla più solenne *per sacramentum* e fondata anch'essa sopra una scommessa, cade qui in acconcio dire alcun che, cercando quali diverse *damnationes* vi si riscontrino, per dedurne poi qual parte abbiano queste avuto nel trapasso dalle *legis actiones* alle *formulae.*

In tre diverse applicazioni la procedura *per sponsionem* ci si presenta; nell'*agere per sponsionem in rem* (*Gai.* IV, 93 e segg.), nella *legis actio per condictionem ex lege Silia* (*Gai.* IV, 171), negli interdetti (*Gai.* IV, 165 e segg.). E guardandola ora solo in rapporto al modo della decisione, è da dire come la *sponsio,* al pari del *sacramentum,* sia una scommessa, che il giudice

direttamente decide, risolvendo implicitamente la controversia; con queste differenze però che la somma scommessa non è in due sole misure (50 o 500 assi), ma proporzionabile al valore della cosa, e, quel ch'e più, non è depositata presso i Pontefici, nè obbligata e pagata al Pretore, ma obbligata vicendevolmente fra le parti, e pagata dal soccombente al vincitore; veramente *stipulata* e *restipulata*. Onde si vede qui il soccombente obbligato, *damnatus*, non per la cosa controversa o pel suo equivalente, sì per la *summa sponsionis* (1). Nè scema importanza a questo fatto, anzi tanta più gliene aggiunge, che nell' *agere per sponsionem in rem* essa somma non fosse realmente pagata, « non tamen haec » summa sponsionis exigitur; nec enim poenalis est, sed praejudi- » cialis, et propter hoc solum fit ut per eam de re judicetur, unde » etiam is cum quo agitur non restipulatur (*Gai.* IV, 93 e 94) », perchè ciò vuol dire che la *sponsio* e la *summa sponsionis* figurano qui come necessità procedurali, onde la *formula* è concepita sopra quella somma « formulam edimus qua intendimus sponsionis » summam nobis dare oportere », e in essa la *intentio* e la *condemnatio* sono espresse. Nella qual procedura delle azioni reali mentre la scommessa non è più che forma rituale, prende d'altro lato sempre maggiore importanza la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, di cui è già stato detto. Nella *sponsio* applicata agl' interdetti la *summa sponsionis* è obbligata da entrambe le parti e veramente pagata dal soccombente (*poenalis*); onde con effetto il giudice « summam sponsionis condemnat » o « absolvit » (*Gai.* l. c.); al che segue un *secutorium judicium* per la restituzione del possesso e dei frutti, dove il giudice secondo la regola delle *formulae* « quanti ea res est condemnat ». Finalmente della *sponsio* nella *condictio ex lege Silia*, della quale tratteremo di proposito in appresso, è da dire qui solamente che anch' essa è insieme *praejudicialis* e *poenalis;* talchè qui il soccombente è obbligato verso il vincitore come *damnatus*-per la *summa sponsionis* e come *judicatus* pel debito riconosciuto, cioè per due diverse cagioni; ma sempre pecuniariamente e in virtù della me-

(1) E forse in questo si trova il perchè dell' aver usato **Gaio** nel § 95 del IV in relazione a una procedura per *sacramentum* la parola *sponsio*, che diede luogo a così varie spiegazioni; voglio dire perchè al tempo suo anche nel- l' *actio sacramento* davanti ai Centumviri fosse la somma obbligata e pagata non più al magistrato, ma all' avversario, e si avesse così veramente una *sponsio*.

desima sentenza e colla stessa efficacia. Del qual fatto ora appena accennato si farà manifesta più innanzi la rilevanza. E lasciando stare le altre gravissime questioni che si fanno sull'origine della procedura *per sponsionem*, solo mi è d'uopo toccare della opinione ch'essa sia stata compresa nella *legis actio per judicis postulationem;* il che trova miglior luogo nella trattazione di questa seconda forma dell'antica procedura.

§. IV.

La legis actio per judicis postulationem.

Così la intitola *Gaio* (IV, 12 e 20) e ogni altra notizia ne' suoi commentarii n'è andata perduta; ma la formula conservataci da *Valerio Probo* (4. in leg. act.) « Te Praetor judicem arbitrumve postulo uti des », e il trovarsi tanto nelle XII Tavole, quanto in altre fonti con riferimento a quei primi tempi memoria di *arbitri* e di processi civili qualificati di *arbitria*, ed altre ragioni fanno tenere ch'essa fosse una *postulatio* non solo *judicis* ma altresì *arbitri*, onde i moderni comunemente la designano *per judicis arbitrive postulationem*. Il che posto si offre per prima cosa da determinare il significato della parola *arbiter* che qui s'incontra di fronte a *judex;* e a ciò intesero anche gli antichi interpreti, e con più aiuti e notizie i moderni, e con più esattezza e studio i modernissimi. Dove, poichè la più significante notizia in proposito si ha dalla nota di *Val. Probo* « judicem arbitrumve postulo » uti des », e molto in essa rileva il valore che si debba dare a quel *ve*, così incominciamo dall'esame di questa formula. Per taluni quel *ve* indica quasi sinonimia fra *judex* ed *arbiter* (così il *Keller* § 17, l'*Hollweg* I, pag. 63, ed altri); e per questi scrittori nel sistema delle *legis actiones* non vi era differenza fra quelle due parole, e solo in appresso *arbiter* avrebbe preso speciale significato. Ma ciò non può in nessun modo ammettersi perchè (secondo osserva il *Padelletti* Arch. giur. XVII, pag. 337) non son supponibili in antico tali pleonasmi, nascendo ogni parola ad esprimere cose distinte, e passandosi dal semplice al composto non viceversa; senza di che trovasi nelle fonti applicata soltanto a certi casi la voce *arbitri* e talora esclusivamente. Altri storici per contrario facendosi più addentro nella questione, e ben distinguendo

il significato originario delle due voci, diedero al *ve* forza disgiuntiva tale, da doversi per essa intendere che in due diversi modi si potesse concepire quella formula, cioè o coll' una parola o coll' altra: « *judicem postulo uti des* » e « *arbitrum postulo uti des* »; alle quali due formule corrispondessero due distinte categorie di casi, due sottospecie di questa *legis actio*, l' una col *judex, judicia*, l' altra coll' *arbiter, arbitria*. Fra questi ultimi sono il *Karlowa* (§§ 5, 15 e 16) e il *Padelletti* (Arch. giur. l. c. pag. 338 e seg.), i quali per conseguenza intesero più d' ogni altro a determinare i singoli casi e dei *judicia* e degli *arbitria*. Il *Karlowa* fondandosi sulla divisione da lui proposta dell' antica procedura in *lites* e *jurgia*, e riguardando la *legis actio per judicis postulationem* come nata dai *jurgia* (comprendente quindi casi, ch' egli figura tutelati dapprima dalla sola *jurisdictio* del Pretore), assegna alla sottospecie detta *judicis postulatio* la protezione del *mutuum*, quale contratto senza solennità, non feneratorio e più proprio di vicini e di amici, la *fidepromissio* (finchè leggi speciali non la regolarono), e infine la *ripetizione d' indebito*, tenendola già nata prima della *legis actio per condictionem*. Ma prescindendo pur qui dalla principale divisione da lui posta, e guardando solo ai fondamenti sui quali assegna alla *judicis postulatio* quei casi, è da dire che nessun valido argomento ne porgono le fonti, salvo quello fondato sul contrapposto di *judex* e *arbiter* di cui parleremo fra poco. E il *Padelletti* riconoscendo che l' attribuire alla *judicis postulatio* o azioni di delitti, che per le XII Tavole fosser dirette a pene pecuniarie, o azioni di contratti, quali il *mutuum* od altro, « tutte queste sarebbero » ipotesi prive di ogni appoggio nelle nostre fonti », vuol invece « sussumere sotto la figura generica della *judicis postulatio*..... la procedura singolarissima delle sponsioni pregiudiziali » (l. c. pag. 341 e 342) » cioè il *per sponsionem agere* delle azioni reali, ch' egli tiene, con altri e sopra buone ragioni, molto antico in Roma. Della quale opinione allega questi argomenti. Osserva egli che posta la coesistenza della procedura *per sponsionem* colle *legis actiones*, deve quella aver avuto suo fondamento o nella *jurisdictio* o nell' *imperium;* e non parendogli doversi derivare dall' *imperium* perchè non si ha di tale origine verun indizio e perchè quella procedura è sempre diretta a un *judicium*, nè giudizii in antico sono secondo lui supponibili fuor dei casi fissati dalla legge; è condotto a pensare che alla *jurisdictio* e a una

legittima forma processuale si debbano ricongiungere quelle sponsioni, e mette innanzi la congettura che quella forma fosse appunto la *judicis postulatio.* « Io sono di parere (così egli l. c. pag. » 344) che o le leggi decemvirali, o altra legge a noi ignota, pre- » scrivessero la *judicis postulatio* per quelle specie di sponsioni » pregiudiziali, colle quali si volesse risolvere qualche controversia » giuridica: e da questo l'arte dei giureconsulti trovasse il modo » di far risolvere per questa via più semplice questioni di diritti » reali, che propriamente avrebbero dovuto decidersi per mezzo » del *sacramentum* ». Però, senza arrogarmi di portar giudizio sopra l'assunto che l'*agere per sponsionem* non si debba assolutamente derivare dall'*imperium,* non voglio tacere che neppure di sua origine dalla *jurisdictio* si ha traccia, nè dippiù rimane il menomo vestigio di appartenenza alla *legis actio per judicis postulationem;* anzi sorge forte argomento in contrario da ciò, che l'accuratissimo *Gaio* nulla ne accenna là dove parla delle *sponsiones praejudiciales* (IV, 95), e più ancora che se l'ipotesi del *Padelletti* fosse vera il luogo dove *Gaio* avrebbe dovuto discorrerne sarebbe stato naturalmente non questo ora citato, ma quello (purtroppo perduto) della trattazione della *judicis postulatio.* E d'altro lato l'essere le *sponsiones poenales de certa pecunia* fondate, prima della Legge Silia, sull'*imperium* (come pare indubitato), l'applicazione delle *sponsiones* alla procedura degl'interdetti, e il trovarsi esse anche fra i Latini; tutti questi sarebbero forse motivi per ricongiungere all'*imperium* giurisdizionale del pretore, piuttostochè alla vera e propria *jurisdictio* (1) le *sponsioni pregiudiziali.* Ma checchè sia di ciò, e pur ammessa l'appartenenza di codeste *sponsioni* alla *judicis postulatio,* vi verrebbero così ascritte azioni reali (poichè di altre applicazioni delle medesime *sponsiones praejudiciales* non si ha ombra d'indizio); e questo sopra l'unico argomento negativo del non doversi esse derivare dall'*imperium;* giacchè il § 20 del IV di *Gaio,* dal *Padelletti* allegato, non potrebbe affatto confortare la congettura. E invero eccone il tenore: « quare autem haec actio (la » *legis actio per condictionem*) desiderata sit, cum de eo quod

(1) Intorno a tale imperio giurisdizionale, *imperium mixtum,* distinto così dal *merum imperium,* come dalla *jurisdictio* si veggano fra i moderni il **Bethmann-Hollweg** Civilpr. II, pag. 91, e il **Mommsen** Röm. Staatsrecht, Leipzig 1871, I band. pag. 115; fra gli antichi il **Vinnio** Tract. de jurisdictione.

» nobis dari oportet potuerimus sacramento aut per judicis postu-
» lationem agere, valde quaeritur ». Donde si trae sicuramente (come il *Karlowa* § 5 notò, e il *Padelletti* l. c. p. 340 commentò più largamente) che taluni casi furon comuni alla *judicis postulatio* e alla *condictio*, ma casi, secondo le espresse parole di *Gaio*, di un *dari oportere* e cioè di obbligazioni, chè di azioni reali non è pur cenno. Rimane da ultimo l' argomento che i due lodati scrittori traggono dal contrapposto fra *judex* ed *arbiter;* in quanto che stabilito che *arbiter* si rapporta unicamente a un *incertum*, affermano poi che *judex* non possa riferirsi che ad un *certum*, e ne deducono che tali due concetti si escludano a vicenda. Ma il detto contrapposto parmi bensì fondato sopra veri concetti, però esagerato e condotto a deduzioni non vere; nè quindi ammissibile la proposta distinzione di questa *legis actio* in due separate sottospecie. Determiniamo il significato di *arbiter* a differenza di *judex.*

Già fu dimostrato che *judex* valse prima in generale « qui
» jus dicit » e « qui judicat », di poi ristrettamente « qui judicat », chi « dichiara il diritto ».

Arbiter, che tutti i filologi e giuristi antichi e moderni *(Forcellini, Vaniçek* ecc., *Heineccio*, *Huschke, Rudorff* ecc.) derivano da *ar* (in luogo di *ad)* e dall' antico verbo *bitere* o *betere*, andare, (ad-bi-ter), « quasi notet eum qui ad inspiciendum accedit *(Forcellini)* », « der hinzukommende » il sopravvegnente, *(Vaniçek)* e simili, nel suo senso giuridico diversamente s' intese. S' avvisò l' *Husckhe* che indicasse « il giudice a cui le parti si recano »; e il *Karlowa* più largamente (pag. 54): « ognuno che sopraggiunge,
» è presente ad un caso, vede ed ascolta; dal qual originario si-
» gnificato di testimonio di veduta e di udita è poi nato quello di
» giudice di fatto *(sachkundigen Beurtheilers)* ». E il *Padelletti* (Arch. giur. XV, pag. 530) quasi riunendo le varie cose dette da altri interpreti: « l' *judex* in lato senso diventa un *arbiter* non
» appena si tratti di risolvere una questione piuttosto di fatto che
» di diritto.... ovvero di decidere rapporti giuridici, per i quali
» debbano osservarsi più presto le norme della buona fede che
» quelle dello stretto diritto.... ». Il che hanno arguito gl' interpreti sopratutto dai primi casi nei quali è naturale il pensare che bisognasse un *arbiter;* cioè in quelli indicati nelle XII Tavole, *finium regundorum (Cic.* de legib. I, 21 e 55), *aquae pluviae arcendae (Cic.* Top. 9, 39 — L. 21 D. 40, 7), *familiae erci-*

scundae (L. 1, D. fam. ercisc. 10, 2), e taluni altri relativi alla stima di un danno, ad esempio il « *si vindiciam falsam tulit* ecc. » sopra esaminato. E le cose da loro osservate intorno alla significazione giuridica di *arbiter* sono certamente vere; ma non pertanto parmi che non colpiscano e non rappresentino interamente il nativo concetto dell' ufficio e potestà dell' *arbiter*, da ricavarsi appunto dalle prime sue applicazioni, dalle sue proprietà inseparabili e da storiche induzioni. Infatti se si esamini quella semplicità di concetti e di forme che si dovette avere quando la *legis actio sacramento* era sola, si vedrà tosto che a certi casi essa non poteva accomodarsi; dacchè era necessaria alla sua applicazione che l' oggetto dell' affermato diritto fosse certo e determinato, così nelle azioni reali come nelle personali; e dove tale determinazione e certezza non si avesse anzi si aspettasse appunto dal giudicante, come in questioni di confini, di divisioni, di acquedotti, di risarcimenti ecc., fu naturale e necessario procedere senza scommessa e che il giudice non avesse solo facoltà di dichiarare il diritto, ma avesse insieme potestà di accertare e determinare l' oggetto medesimo, e cioè porre i limiti della proprietà indefinita e concretare le incerte obbligazioni, stabilendo così egli stesso le prestazioni reciproche fra i contendenti. Questo giudicante è l' *arbiter*, questa sua potestà è l' *arbitrium*: ed a siffatta natura delle cose è pienamente conforme la definizione di *Festo* (così conservataci da *Paolo Diacono*) « *arbiter* dicitur judex quod totius rei habeat arbitrium et facultatem ». Quindi è che ufficio dell' *arbiter* non è solo *judicare,* ma ad un tempo determinare la quantità del dovuto (sia *restituere*, sia *dare*), le obbligazioni incerte *aestimare,* e in difetto del *restituere* tramutare la proprietà in obbligazione *aestimata re,* e con ciò obbligare l' un contendente verso l' altro; che è veramente quella imposizione di obbligazione pecuniaria, la quale vedemmo significata in origine dalla parola *damnatio.* La *formula, quae appellatur arbitraria* propria degl' interdetti, nella quale « judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat *(dal convenuto)* id sine poena exhibet vel restituet, et ita absolvitur, quod » si nec restituat nec exhibeat quanti ea res est condemnatur » *(Gai.* IV, 163) »; e le *actiones* dette *arbitrariae* nelle Istituzioni di Giustiniano, le quali (come notò acutamente il *Savigny* Vol. V § 222) si diversificano da quelle *bonae fidei* per esser loro proprio un *restituere* o un *exhibere* che il giudice stabilisce, serbarono più di ogni altra, insieme col nome, tutta la primitiva so-

stanza dell' *arbitrium*. L'*arbiter Falcidiae*, *de rationibus excutiendis*, *de alimentis* ecc. (vedi altri esempi nel *Brissonio* de Verb. signif. v. arbiter), come gli *arbitri* di un *damnum*, *noxia* e simili, mostrano in sè sopratutto la facoltà della stima; di che si hanno esempi anche fuori dell' uso giuridico, fra gli altri in *Cesare* de bello civ. III, pr., dove non pagandosi i debiti « con- » stituit ut arbitri darentur; per eos fierent aestimationes possessio- » num et rerum ». Si noti infine quanto ai giudizii misti, di confini, di divisione ecc. esser così inerente all' indole loro il *damnare* l'un verso l'altro i contendenti (LL. 2, 52, 55 D. fin. reg. 10, 1, L. 24 aq. pluv. arc. 39, 2 e altrove) « alterum alteri condemnare », « pensatione ultro citroque facta eum solum cujus summa exce- » deret damnare », « cogere oportere fossas eum explere et nisi » faceret condemnare », che si potrebbe forse arguire che in quei giudizii si formasse il composto *condemnare*, essendo proprio del *cum* il senso di reciprocanza, simultaneità, congiunzione. Dopo di che se è certo che a determinazioni di fatto. a questioni tecniche si richiese specialmente l' *arbiter*, e che dominò nel suo giudizio l' equità, non l'*asperum, simplex* proprio della scommessa per la quale o tutto ottenevasi o tutto perdevasi; anzi che l' *aequitas* divenne poi in una data categoria di casi il carattere prevalente; non si può altresì dubitare che la originaria natura dell' *arbiter*, ove si tenga conto di tutti gli argomenti allegati, debba riconoscersi nell' « arbitrium et facultatem totius rei », da cui tutte le altre sue proprietà e particolarità naturalmente discendono. Ed è notabile che una tale facoltà corrisponde all' uso stragiudiziale di *arbiter* (spesso occorrente in cose agrarie), che è quegli « qui de re aliqua ut libet statuit et disponit *(Forcellini)* ».

E ora ricercando i casi nei quali è memoria o ragionevole congettura di un *arbiter*, si avrà conferma delle cose dette. Ai tre primi sopra citati è da aggiungere, quasi ugualmente antico, quello *communi dividundo;* e nomina di *arbitri* è pur da supporre col *Padelletti* (Arch. XVII, pag. 337) in quei casi delle XII Tavole dove si parla di risarcimento di danni e stime nel doppio o quadruplo, analogamente all' accennato « *si vindiciam falsam* ecc. », e cioè nell' *actio de tigno juncto*, e per l'impubere che abbia pasciuto o falciate altrui biade, pel ladro non manifesto, ovvero manifesto ma impubere, per la *dupli poena* a chi avesse negato dover « praestare ea quae essent nuncupata », per le *rupitias (damnum dare)* cui si fa corrispondere il *sarcito (damnum praestato, solvito)*,

per l'*actio de pauperie* quando si volesse « aestimationem noxae offerre », pel « *quadrupli condemnari* » minacciato all' usuraio, e simili (vedi *Bruns,* Fontes, Leg. XII Tab. — Tab. VI, 2, 7, 8 — VII, 8 — VIII, 5, 6, 9, 10, 18). Fin qui le XII Tavole. *Cicerone* in parecchi luoghi nomina gli *arbitria pro socio, de tutelis, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, locatis conductis, negotiis gestis, rei uxoriae* (pro Q. Roscio — pro Quinctio — Top. 17 — de Off. III, 17); i quali casi e per essere di tal natura da mal acconciarsi nell' *actio sacramento*, e per essere così nominati da *Cicerone*, che delle tradizioni era osservantissimo, debbono ritenersi anche in antico decisi da un *arbiter.* Per taluni ne fanno fede speciali circostanze, come la pena del doppio sancita dalle XII Tavole pel tutore infedele e pel deposito (Tab. VIII, 19, 20), e per l'*auctoritatis actio.* I quali casi tutti pertanto, che l' indole loro e le testimonianze accertano regolati da un *arbiter*, costituirebbero, secondo il *Karlowa* e il *Padelletti*, la sottospecie dell' *arbitri postulatio.* Or quali altri casi potrebbero assegnarsi alla *judicis postulatio?* Si è vista non accettabile la congettura del *Karlowa,* che le attribuisce il *mutuum*, la *fidepromissio,* la *ripetizione d' indebito;* e la congettura del *Padelletti* che vi appartenesse l' *agere per sponsionem in rem* non v' inchiuderebbe nessuna azione personale. Però resta a spiegare il § 20 del IV di Gaio, che ci attesta avere la *legis actio per condictionem* abbracciato casi già appartenuti alla *judicis arbitrive postulatio.* Il qual paragrafo, secondo che mi pare, non può interpretarsi che in uno di questi due modi: o taluno degli *arbitria* or accennati entrò di poi nella sfera della *condictio,* ovvero per converso le azioni *de certa pecunia* o quelle *de omni certa re,* che furon materia di quest' ultima *legis actio,* avean già appartenuto a quella *per judicis arbitrive postulationem.* Quale di queste due spiegazioni è più probabile? Si osservi primamente quanto alle azioni *de certa pecunia,* non potersi mettere in dubbio ch' esse fossero proprio e naturale soggetto dell'*actio sacramento;* il che le esclude dalla *judicis postulatio,* non parendo ammissibile una concorrenza elettiva di due *legis actiones* (a sentimento dello stesso *Padelletti).* Onde la questione si restringe agli *arbitria* da un lato e alle azioni *de certa re* dall'altro; e ognuno vede come a trattarla compiutamente si converrebbe entrare nella distinzione intricatissima delle azioni *stricti juris* e *bonae fidei*, scrutandone l' origine e la storia; il che condurrebbe veramente a una trattazione del sistema formula-

rio, di cui non è qui luogo. Tuttavia se si consideri la distinzione profonda serbatasi sempre fra le azioni *stricti juris* e *bonae fidei*, il nome d' *arbitria* rimasto anche ai tempi di Cicerone alle seconde, prive sempre e affatto d' ogni concetto e nome di *condictiones*, i diversi fondamenti e criterii loro, lo svolgimento tutto proprio delle une dominate dal diritto rigoroso, mentre nelle altre regna la reciprocanza e l' equità ecc., parmi che si scorgano tosto, senza un più accurato esame i gravissimi ostacoli a far entrare nella *condictio* taluno di quegli *arbitria*. Potrebbe sembrare a prima giunta che un argomento a comprenderveli fosse dato da Gaio nel § 33 del IV, dove dopo aver detto « nulla autem formula ad » condictionis fictionem exprimitur », onde « eas formulas quibus » pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus sua » vi ac potestate valere.... intellegimus », aggiunge: « ejusdem » naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum » et aliae innumerabiles »; quasi che parificandole Gaio e congiungendole, e le *formulae* d' entrambe quelle categorie d' azioni mancando della *fictio* di una *legis actio*, se ne dovesse arguire ch' entrambe appartenessero alla *legis actio per condictionem*. Ma per converso se meglio si consideri se ne trarrà anzi argomento in contrario; poichè se Gaio dopo accennato in genere alle azioni *de certa re* ha dovuto notare espressamente che anche le altre (*commodati, fiduciae* ecc.) « sua vi ac potestate valebant », ciò significa che queste ultime eran fuori della *legis actio per condictionem*, e tuttavia aveano ugual natura che quelle *de certa pecunia* e *de certa re*, vale a dire che anch' esse passarono direttamente dalla *judicis arbitrive postulatio* alle *formulae*, e forse avean prima una *fictio* o piuttosto non l' ebbero mai per la semplicità della *judicis arbitrive postulatio*. L' altra spiegazione all' incontro, che le azioni *de certa re* proprie della *condictio ex lege Calpurnia* avessero già appartenuto alla *judicis arbitrive postulatio*, trova molti argomenti di probabilità e tali da doversi tenere per certa. Al qual proposito è necessario prima stabilire il modo di procedura delle azioni *de certa re* nella *condictio ex lege Calpurnia*; basti qui richiamare che quanta è la difficoltà di comprendere queste azioni nell' *actio sacramento*, altrettanta è l' agevolezza con cui si accomodano nella *judicis arbitrive postulatio*; giacchè la *certa res* dovea allora considerarsi come un *incertum*, *certum* essendo soltanto la *certa pecunia*; donde segue che le azioni *de certa re* non potendo rivestirsi della scommessa

dovessero dal giudice stesso essere stimate e tramutate in pecuniarie e così domandassero uno degli attributi dell' *arbiter* « arbitrum liti aestimandae ». Talchè neppure queste azioni *de certa re* possono assegnarsi alla pretesa sottospecie della *judicis postulatio.* Alla quale adunque, dopo il finquì detto, non si potrebbero ascrivere che le *sponsiones praejudiciales in rem*, qualora si volessero queste attribuire alla *judicis arbitrive postulatio* sopra l' unico motivo, troppo vago e contestabile, che non sian nate dall' *imperium;* e così nelle azioni personali non si sarebbe avuta che un' *arbitri postulatio.* Ma anche questo contrasta con Gaio, che nei due luoghi in principio citati (IV, § 12 e § 20) la chiama semplicemente *per judicis postulationem*, e dippiù nel secondo con esclusivo riferimento ad azioni personali. Insomma questa suddivisione in due sottospecie non risulta punto necessaria nè giustificata; e le deduzioni che dalla diversità fra *judex* e *arbiter* si traggono sono spinte tropp' oltre; nè sembra vera la forza che si vuol dare a quel *ve.* Si dice che se *arbiter*, *arbitrium* si riferiscono esclusivamente ad un *incertum* (come anch' io ammetto), *judex*, *judicium* debbano sempre denotare un *certum*, e quindi quelle parole debban rapportarsi rispettivamente a casi distinti (*Padelletti,* Arch. l. c. pag. 339); e ciò fondandosi massimamente sui passi di *Cicerone* pro Roscio Com. 4 e pro Murena 12. Ma qui fermiamoci un poco. Che la distinzione di *arbiter* e *judex*, *arbitria* e *judicia* continuasse spiccata anche nel sistema formulare, *Cicerone* stesso e tutte le fonti giuridiche lo attestano; pure non si ha esempio di *formulae*, anche in casi di *arbitria*, intestate « *arbiter esto* », bensì (lo dico colle parole del *Padelletti* Arch. XV pag. 529) « è sempre nominato un *judex* sebbene si » tratti di giudizii che appartengono alla categoria degli *arbitria* », « *judex esto* ». Non solo; chè molti luoghi di Gaio (per es. IV, 36, 47, 62, 141, 163) applicano nome di *judicia* là dove si ha un *arbiter*, e l' *arbiter* indifferentemente chiamano *judex;* e *Cicerone* medesimo in molti suoi passi, fra gli altri nella oraz. pro S. Roscio 39, parla di *judicium mandati* e *judicio condemnatus,* e insieme di *arbiter* e *damnatus per arbitrum;* e nei Top. 17 chiama « *judicia* in quibus *ex fide bona* est additum » gli « *ar-* » *bitria* rei uxoriae, pro socio, negotiorum gestorum, mandati »; il medesimo nel *de Nat. Deor.* 30, e *de Off.* III, 10, 15, 17. Moltissimi altri esempi nel Digesto; fra i quali, taluni frammenti dei titoli *fam. ercis., aqu. pluv. arc.* ecc. (L. 1, § 1, D. 10, 2 —

LL. 43, 47, 51, 52, 55 eod. tit. — L. 2, D. 10, 1); e si noti che nell' ultimo paragrafo citato di Gaio (IV, 163) si ha perfino, trattandosi di *formula arbitraria:* « appellatur arbitraria quia » *judicis arbitrio* ecc. », cui corrisponde il « boni judicis ar- » bitrio » della L. 3, § 3 D. 13, 6, e l' « arbitrio judicis » della L. 29, § 3 D. 21, 1, per non dire di tante altre (veggasi il *Bethmann-Hollweg* II, pag. 105). Talchè non vi ha dubbio che nel sistema formulario l'*arbiter* non fosse altresì e prima di tutto un *judex,* nè solo nel senso lato che il *Padelletti,* con altri, intende, ma in senso vero e proprio; l'*arbiter* non era se non il *judex* colla speciale potestà dell' *arbitrium,* quindi l'*arbitrium* un *judicium,* anzi una particolare contenenza del *judicium.* E quando *Cicerone* nell' oraz. pro Roscio Com. 4 contrappone *judicium* e *arbitrium* quali comprendenti l' uno *certa pecunia* e *strictum jus,* e l'altro *incerta pecunia* ed *aequitas,* non si può e deve intendere se non ch' egli parli del *judicium* in istretto senso, dove non si ha veruna parte di *arbitrium* e il *judex* solo *judicat,* cioè il *judicium* con procedura per iscommessa, e per *arbitrium* designi più brevemente il *judicium* senza scommessa ove il *judex* ha insieme l' *arbitrium.* Ciò pel sistema formulare. Or nel sistema delle *legis actiones* sarà egli stato altrimenti? O non sarà vero piuttosto che anche nella nota di *Valerio Probo, judex* e *arbiter,* lungi dall'indicare diverse persone e diversi casi, stiano ad indicare soltanto diverse potestà e diversi ufficii? E invero chi dovè decidere o in questione di confini, o di danni, o di compravendita e simili, dovè necessariamente fino in origine riconoscere per prima cosa il diritto, *judicare,* di poi o simultaneamente determinare le prestazioni, *aestimare* le cose o i danni, essere cioè a un tempo *judex* e *arbiter;* onde *Festo* esattissimamente scrisse: « arbiter dicitur judex ecc. ». Ne sia prova che dove nulla è da *judicare* trovasi unicamente *arbiter:* e soli *arbitri* sono dati nelle XII Tavole nel caso di « *falsa vindicia* », e in altri; e *arbitrium* soltanto, non *judicium,* è la *litis aestimatio* che segue al *judicium repetundarum.* Non così nella *legis actio,* di cui ci occupiamo; e infatti Gaio, sempre esattissimo, la intitola per due volte « *legis actio per judicis postulationem* », sebbene in relazione ad *arbitria,* sicchè deve tenersi questo pel suo proprio e intero nome; dovendo in essa il giudicante essere altresì *judex,* chè anche di *judicare* eravi necessità. Di suddivisione poi in due sottospecie non si ha traccia nessuna, mentre i romani tennero

così divise non solo le azioni reali dalle personali, ma e le personali relative a un *certum* da quelle di un *incertum*, e perfino quelle risguardanti una *certa pecunia (certum* in istretto senso) da quelle di una *certa res;* talchè due sono le categorie della *condictio.* Per tutte le quali cose parmi potersi tenere per fermo che *judicis* nel titolo di questa *legis actio* denota un *judex* il quale, giusta la formula di *Valerio Probo*, era insieme *arbiter*, cioè aveva la speciale facoltà dell' *arbitrium.* E la particella *ve* per certo non indica sinonimia ed equivalenza, ma neppure esclusione alternativa, e vuolsi invece intendere in quel senso congiuntivo o meglio aggiuntivo che *Paolo* c' insegna nella L. 53 D. de Verb. Sign. « saepe ita comparatum est ut disjuncta pro conjun-» ctis accipiantur...; cum dicitur *super pecunia tutelave sua* tu-» tor separatim sine pecunia dari non potest »; nel qual senso si trova così spesso nelle formule delle leggi, degli editti e di atti privati. Cosicchè mentre la *legis actio* ha nome di *judicis postulatio* (datole forse perchè in essa prima si chiedesse l' *unus judex*, o perchè tal nomina ne era la parte essenziale, e il giudice vi aveva più libero campo e pieno arbitrio), nella formula poi pronunciata dalle parti, « *Te praetor judicem arbitrumve postulo uti des* », si viene a significare che il *judex* dovea non solo *judicare*, come nella procedura per iscommessa, ma avere dippiù « arbitrium et facultatem totius rei », essere insieme *judex* e *arbiter*, « *judex arbiterve* ». Nè ciò contrasta, anzi si accorda, con *Cicerone* che nel luogo citato pro Rosc. Com. 4 rapporta *judex* a *certa pecunia* e a procedura per iscommessa, alla quale corrispondono l' « *asperum, directum, simplex* » che segue e le parole « ad judicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus » aut amittamus », e l' *arbiter* ad un *incertum*, cioè *incerta pecunia*, con procedura senza scommessa; ricavandosene che anche per *Cicerone* la *certa res* non ancora *aestimata* era un *incertum*, e l'estimarla dovea esser proprio dell' *arbitrium* del *judex*, « arbitrium liti aestimandae ». E se per l'opportunità del discorso continua *Cicerone* risguardando più specialmente a casi di prestazioni reciproche e di buona fede, che di *arbitria* più ritennero il nome, ciò avviene perchè a' suoi tempi già il sistema formulario era in vigore, e più ancora perchè varie facoltà avea in sè il *judex arbiterve* e o tutte le esercitava, come nei casi contemplati da *Cicerone*, o solo taluna. Dov' è forse la ragione del non sapersi (al dire di *Cicerone* medesimo pro. Mur. 12) dai Giureconsulti decidere « ju-

» dicem an arbitrum dici oporteret »; e di tutto ciò dovrà tenersi gran conto nel determinare l'origine e il procedimento della *condictio ex lege Calpurnia*, cioè di una parte dell' ultima *legis actio,* di cui vengo ora a parlare.

§ V.

La legis actio per condictionem.

« Haec legis actio constituta est per legem Siliam et Calpur» niam; lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de » omni certa re (*Gai.* IV, 19) ». A qual anno appartengano queste leggi (i più le pongono al principio del secolo VI); quale delle due fosse prima (forse la Legge Silia); quale infine il rapporto fra loro non debbo io qui ricercare. Osservo per prima cosa che se due leggi diverse furono necessarie a regolare e riformare le due categorie delle azioni ch' ebber poi nome di *condictiones,* dovettero quelle per innanzi essere ben distinte; e io mi propongo di dimostrare diversa la loro derivazione. Che in entrambe le *condictiones* alle antiche simboliche solennità prevalesse la sostanza del processo, che si aggiungesse il convegno o denuncia « ad judicem capiendum », donde il nome *condictio* (*Gai.* IV, 17; *Festo, Gellio),* che alla nomina del giudice fosse posto il termine di trenta giorni (*Gai.*, 18), che la procedura *in judicio* vi acquistasse sempre più importanza, son cose notissime. Che inoltre nella *condictio ex lege Silia, certae pecuniae*, la procedura fosse *per sponsionem, sponsio poenalis,* fissata nella terza parte della somma in controversia (*Gai* IV 13 e 171 — *Lex Rubria* c. 21), e così proporzionale, designata da *Cicerone* come *sponsio legitimae partis* (pro Rosc. Com. 4 e 5), anche ciò non può rimaner dubbio per le testimonianze or citate sebbene tutte relative al sistema formulare; giacchè è l' indole antica della *sponsio,* e l' epiteto di *legitima* in *Cicerone,* e l' esser rimasta sempre tale *sponsio poenalis tertiae partis* caratteristica della *condictio creditae pecuniae* provano a sufficienza, secondo che tutti convengono, che già tale procedimento fosse proprio della corrispondente *legis actio.* Dal che insomma risulta che la *condictio ex lege Silia* tale qual era nelle *legis actiones* o poco modificata passò intera nel sistema delle *formulae*, conservando nome, regole, procedimento:

solo la sua *sponsio* nel sistema formulare perdè il carattere pregiudiziale e rimase unicamente *poenalis*. Donde anzi taluni, fra i quali il *Karlowa* (pag. 232, nota 1) vogliono indurre che anche nella *legis actio ex lege Silia* la *sponsio* fosse soltanto *poenalis,* non insieme *praejudicialis* quale il *Keller* (§ 18) coi più la ritenne: e così secondo il *Karlowa* la sentenza non vi sarebbe caduta direttamente sulla scommessa, come avviene nel *sacramentum,* nella *sponsio praejudicialis in rem,* nella *sponsio* degl' interdetti, ma sì la perdita della scommessa sarebbe stata pena susseguente a una sentenza e condanna in *ipsam rem* (1). Certo non si hanno in proposito testimonianze espresse; ma la natura e l'antichità della *sponsio,* il riscontrarsi essa *praejudicialis* in tutte le altre contemporanee applicazioni, il modo come Cicerone la spiega in caso di *certa pecunia* nell'oraz. pro Rosc. Com. 4 « ad judicium » hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amitta- » mus », fanno tenere che dapprima fosse anche qui *praejudicialis*, e che trasferire lo stato in che la *sponsio* ci appare nei tempi di Gaio al tempo anteriore alla Legge Ebuzia sia un anacronismo; mentre poi l'esser rimasta nelle *formulae* soltanto *poenalis* è mutamento così naturale che non poteva esser altrimenti. Giacchè nella *condictio ex lege Silia* si ebbe, come già notai, questo stato di cose nuovo pel procedimento con iscommessa, che per effetto della sentenza era il soccombente obbligato pecuniariamente e con uguale efficacia verso il vincitore per due modi, come *damnatus* nella *summa sponsionis,* e come semplicemente *judicatus* nell' importare del debito; le quali due obbligazioni, aventi uguale oggetto, così ravvicinate non potevano non confondersi; e ciò massimamente dopo introdotta la *formula;* sicchè ben rimase la *sponsio,* ma se ne perdè l' importanza pregiudiziale, abbracciando senz' altro il giudice in una sola *condemnatio* e la somma del debito e la *summa sponsionis.*

Ma veniamo alla *condictio ex lege Calpurnia*, *de omni certa re.* Nessuna testimonianza ci avverte del modo di procedura a lei proprio. Le si attribuì da taluni una *sponsio poenalis* insieme e *praejudicialis,* quale nella *condictio ex lege Silia;* da altri una *sponsio mere praejudicialis* (così il *Bekker);* contro le quali congetture è troppo forte obbiezione la inverosimiglianza che

(1) E sentenza e condanna *in ipsam rem* il **Karlowa**, come fra poco dirò, sostiene proprie anche della *condictio ex lege Calpurnia.*

non ne fosse rimasta traccia, non se n' avesse indizio veruno. Altri, fra cui il *Karlowa* (pag. 233), vogliono che anche qui (come a loro parere nella *condictio ex lege Silia)* sentenza e condanna cadessero direttamente *in ipsam rem* e un *arbitrium liti aestimandae* convertisse l' oggetto della condanna in danaro. Ma pur di ciò nessun argomento, salvo la nota di *Valerio Probo* « arbi- » trum liti aestimandae », offrono le fonti, una volta rimosso quello che si ricavava dal § 48 del IV di Gaio interpretato coll' intrusione del *sed* tra *solebat* ed *aestimata.* Dippiù a questa ipotesi contrastano, oltre la parola stessa *damnare* nel significato che mi son studiato di stabilire, e l' antico stato delle obbligazioni, queste altre ragioni, che cioè non saprebbesi spiegare come mai, mentre nelle altre due *legis actiones* o non s' aveva *condemnatio*, o non era che pecuniaria, qui poi si avesse *in ipsam rem,* senza che la regola dell' esecuzione si fosse mutata; e resterebbe a cercare la cagione del non avere questa pretesa condanna *in ipsam rem* avuto forza di allargare la esecuzione, ma di nuovo, alla fine dello stesso secolo, ricadesse nel principio, fattosi anzi generale, della condanna pecuniaria. Nè capirebbesi come questa *legis actio* avesse durato così poco tempo, dacchè sanzionata dalla Legge Calpurnia al principio del VI secolo, allo scorcio suo sarebbe stata cancellata dalla Legge Ebuzia. Pertanto queste e più forti ragioni, che verremo esponendo, fanno piuttosto piegare all' opinione accennata, come dissi, dal *Savigny*, dal *Keller*, dall'*Hollweg* (I, pag. 154) e con poca diversità dal *Rudorff*, che la *legis actio per condictionem* sia stata il modello, la base, l' origine del sistema formulario. Di che il *Keller* reca in argomento e il non trovarsi appunto la *sponsio* nella *condictio ex lege Calpurnia,* e la mancanza di una *fictio* della *legis actio per condictionem (Gai.* IV, 33), e la massima semplicità della *legis actio* medesima, ond' egli congettura in essa qualche cosa di simile alla *formula:* il *Rudorff* nega solo potesse esservi formula scritta. E il *Savigny* allega l' uguaglianza del nome e dei casi propri delle antiche e delle nuove *condictiones*, in una parola l' uguale concetto e fondamento. Le quali cose mi paiono verissime e meritevoli di particolare svolgimento, che tenterò di fare, dimostrando che la *condictio ex lege Calpurnia* (al pari di quella *ex lege Silia)* rimase intera nel sistema formulare *(condictio triticaria),* anzi ne fu la vera origine; e che quindi il modo e contenuto della condanna nelle *formulae,* la condanna pecuniaria, era già propria

della *condictio ex lege Calpurnia.* E sebbene io qui vada contro alla più comune opinione degl' interpreti, pure la forza degli argomenti e l' autorità degli scrittori a cui mi appoggio mi fanno entrare fiducioso nel difficile tema.

Di questo perdurare della *condictio* un segno certo e una prova sicura, la quale però non vidi da altri recata, offre, se non m' inganno, la divisione che Gaio fa (III, 180, 181 e IV, dal 103 al 110) dei *judicia* in due grandi categorie: « judicia quae legi» timo jure consistunt » e « judicia quae imperio continentur ». Enumera Gaio medesimo le condizioni necessarie e come i requisiti di ognuna: « legitima sunt judicia, quae in urbe Roma vel » intra primum urbis Romae miliarium, inter omnes cives roma» nos sub uno judice accipiuntur.... imperio vero continentur re» cuperatoria, et quae sub uno judice accipiuntur, interveniente » peregrini persona, judicis aut litigatoris: in eadem causa sunt, » quaecumque extra primum urbis Romae miliarium, tam inter » cives romanos, quam inter peregrinos accipiuntur ». E ne pone la differenza in ciò che i primi « e lege Julia judiciaria nisi in » anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant (prima di que» sta legge erano perpetui); e i secondi « imperio contineri dicun» tur quia tamdiu valent quamdiu is qui ea praecepit imperium » habebit ». Del resto sì negli uni che negli altri l' azione non è consunta *ipso jure,* come avveniva nelle *legis actiones,* nelle quali perciò « qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi » non poterat »; ma sì per gli uni che per gli altri fa d'uopo del rimedio pretorio, la *exceptio rei judicatae vel in judicium deductae,* contro la ripetizione dell'azione; tranne una categoria di *judicia legitima*, quelli *in personam cum formula in jus concepta*, intorno ai quali c' insegna Gaio che, al pari delle *legis actiones,* « si legitimo judicio in personam actum sit ea formula » quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem » re agi non potest ». Di tutti questi *judicia* era propria la procedura *per formulas*, così degl' *imperio continentia*, come dei *legitima,* e in questi ultimi così di quelli *in personam cum formula in jus concepta* come degli altri. Or dunque qual è il significato di tal divisione, quale l' origine? Il significato si scorge dagl' interpreti nel concetto tutto personale e topografico dell' antico diritto romano, pel quale solo il giudizio fra cittadini romani, sopra suolo romano, con giudice romano unico (a differenza dei *recuperatores)* « potevasi dire (scrive il *Padelletti*, Storia, pa-

» gina 208) fondato sulla legge, *judicium legitimum* »; e il *Bethmann-Hollweg* (II, pag. 489, nota 23): « queste condizioni sono » fondate sui più antichi concetti di diritto »; e il *Mommsen* (Staatsrecht, I, pag. 115) spiega *legitimum* per « immediatamente » derivato dalla legge »; cosicchè questi storici riferiscono il nome *judicium legitimum* alla procedura delle *legis actiones*. E certo l'epiteto *legitimum*, se si riscontrino i molti casi ov'è usato, significa sempre derivazione dalle XII Tavole: « curatores le» gitimi id est qui ex lege XII Tab. ecc. (*Ulp*. XII, 1) », « le» gitima cognatio, legitima successio (*Gai* III) », « sponsio legi» timae partis (*Cic*. l. sopra cit.) », e quel che più importa *Pomponio* (L. 2, § 6 D. de orig. jur.): « legis actiones id est legiti» mae actiones.... quae ex legibus XII Tab. compositae sunt ». Senonchè nell'applicazione ai *judicia legitima* si osserva questo epiteto appropriato a processi per *formulas*, fra i quali molti fondati semplicemente sulla potestà del Pretore. Talchè il significato ne rimane indeterminato e dubbio, l'origine oscurissima; e ne disputano molto gli scrittori, mentre non pochi confessano nulla sapersene di certo. Il *Keller* (§ 45), con molti altri, neppure entra nella questione; l'*Ortolan* (§ 2003 e seg.) pensa che i *judicia legitima* fossero certe azioni assimilate per certi pnnti alle *legis actiones*, ma quali fossero non dice; lo *Zimmern* (§ 34) che comprendessero i casi a cui già si applicavano *legis actiones*; il *Walter* (§ 664) che la divisione « poggia evidentemente sopra » antichi rapporti, che però è difficile il chiarire »; e similmente il *Bonjean* (vol. I, § 233) scrive: « nous n'avons aucune espèce » de reinsegnement sur l'origine de cette distinction »; e il *Maynz* (I, pag. 396 e 728 nota 2) che è impossibile determinarne l'importanza e l'origine; nè però molto diversamente il *Bethmann-Hollweg* (II, pag. 488 e 489, note) nelle parole or ora citate, e in quelle che aggiunge, « che la Legge Ebuzia fosse come il vin» colo che li congiungesse alle *legis actiones* è ignoto »; infine il *Mommsen* (Staatsrecht. l. c.) fonda la divisione sulla distinzione della *jurisdictio* dall'*imperium, cui jurisdictio inest, imperium mixtum;* e in ciò lo segue il *Gugino* (pag. 75 e seg.). Ma queste sono tutte spiegazioni assai vaghe e indeterminate, le quali non chiariscono interamente la cosa; giacchè se si debba riportare l'appellativo *legitima* al tempo e al sistema delle *legis actiones*, come poi si applicò indistintamente a tutto il nuovo sistema? E donde quella singolarità della *consumptio ipso jure* nel *judi-*

cium legitimum in personam cum formula in jus? La quale singolarità è gran maraviglia sia stata così trascurata, e nessuno degli scrittori da me consultati abbia tentato di spiegarla: mentre intorno ad essa vengono spontanee le seguenti osservazioni. Non vi ha dubbio che i requisiti della cittadinanza romana nei contendenti, del suolo romano, del giudice unico romano, comuni così alle *legis actiones* come a tutti i *judicia legitima* descritti da Gaio, non avessero punto (lo nota anche l'*Hollweg* II, pag. 490) virtù di produrre il particolare effetto della *consumptio ipso jure* dell'azione; giacchè i *judicia legitima in personam cum formula in factum* e tutti quelli *in rem* abbisognavano, come gl' *imperio continentia*, della *exceptio rei judicatae*. Quindi è certo che un'altra proprietà non avvertita dovessero avere in sè le *legis actiones*, alla quale la detta *consumptio* corrispondesse; ed è troppo naturale pensare che se uguale era l'effetto, uguale ne dovesse essere la causa nei *judicia legitima in personam cum formula in jus*. Ora chi ben consideri credo dovrà di leggieri ammettere che al tempo delle *legis actiones* la distinzione dei giudizii fra soli romani dai giudizii in cui intervenissero peregrini dovè fondarsi non solo sulle condizioni delle persone, del suolo, del giudice, ma altresì e anzi precipuamente sulle forme procedurali tutte romane e sui fondamenti quiritari e legittimi del processo; dacchè non sia supponibile l'applicazione e comunicazione del *jus quiritium* e della procedura quiritaria ai peregrini. Del qual requisito se nè Gaio nè altra fonte esplicitamente ci ammoniscono, pure la natura delle cose e lo spirito delle istituzioni romane ci fanno certi; ed è tal requisito da doversi esso appunto ed esso unicamente ravvisare quale cagione sufficiente della *consumptio* nelle *legis actiones*. Dal che si deduce che questa parimenti dovesse essere la condizione speciale che nei *judicia legitima in personam cum formula in jus* produceva l'effetto medesimo, vale a dire che quei *judicia* avessero antiche forme solenni e veramente *legitimae*, e in altri termini ch'essi fossero una vera e propria *legis actio*. Laddove gli altri *judicia legitima* non essendo che estensioni pretorie, applicazioni non fondate sull'antica *lex*, tuttochè fra cittadini romani, sopra suolo romano, davanti a un giudice romano, non avean forza di consumare *ipso jure* l'azione. Il che fermo, se si ponga mente che la prima classe dei *judicia legitima* abbraccia appunto le azioni personali *de certa pecunia* e quelle *de certa re*, cioè le

condictiones del sistema formulario, sempreché vi figurino genuine le quiritarie concezioni di parole *(formula in jus)*, e non già siano queste accomodate dal Pretore a nuovi casi *(in factum)* fuori dell' antico *jus civile* (1), sarà forza concludere che quei *judicia* altro non erano se non la stessa *legis actio per condictionem* trapassata intera nel secondo sistema, o piuttosto origine essa veramente del sistema formulare. Di che si vedranno fra poco altre stringenti prove. Ma prima è da rispondere a una domanda che viene spontanea: come cioè il nome di *judicium legitimum*, che secondo la proposta spiegazione tanto più deve tenersi connesso colle *legis actiones*, si estendesse poi anche a casi pretorii. Dove è pronta la risposta. Certamente alle sole azioni *in personam cum formula in jus concepta* quella denominazione era al tutto propria e congenita; ma una volta che il Pretore in forza della sua potestà applicò non solo a nuovi casi di azioni personali, ed alle azioni reali *(formula petitoria)*, bensì infine anche ai giudizii fra peregrini il modo di procedimento della *legis actio per condictionem* e diede luogo così al sistema formulario, cessò l'antica diversità delle forme procedurali. Onde elementi differenziali dei giudizii romani da quelli nei quali entrassero peregrini, non furono più le forme medesime, ma soli rimasero le persone, il suolo, il giudice romano; e quind' innanzi dove tali requisiti concorsero si ebbero giudizii romani, contrassegnati tuttavia dall'antica denominazione di *judicia legitima*, la quale venne così estesa anche ad applicazioni pretorie di quelle forme legittime. Ecco il signifi-

(1) Non è necessaria qui la ricerca, quali azioni personali avessero *formula in jus concepta;* e tale ricerca condurrebbe troppo lungi. Che potessero, anzi dovessero averla le *condictiones,* forse in tutti i loro casi, gli esempi che se ne hanno, il nome di *actiones stricti juris*, la stessa generalita delle parole di Gaio lo fanno tenere. Che altre azioni, quelle *bonae fidei* e *arbitrariae* (ma sempre personali « *in personam* »), potessero averla, non nego; anzi il § 33 (**Gai.** IV) sopra esaminato, nella sua ultima parte « *ejusdem naturae sunt* ecc. » appoggerebbe grandemente la supposizione; il che vorrebbe dire che anche la *judicis postulatio* trapassò direttamente nel sistema formulare (lo accennò anche il **Keller**), e non ne verrebbe che nuovo argomento ed ampliamento alle mie deduzioni. Ma non posso fermarmi su questa troppo lunga investigazione. E neppure posso sviluppare più largamente la interpretazione che ho data, e credo nuova, dei *judicia legitima*, dacché essa è qui mezzo e non fine alla dimostrazione del mio tema.

cato e l' origine dei *judicia legitima* a differenza degl' *imperio continentia,* ed ecco spiegata questa divisione secondo Gaio; ecco la prova, parmi inoppugnabile, che la *condictio ex lege Calpurnia* passò intera nelle *formulae,* e com'ebbe essa prima il procedimento donde risultava la *condemnatio pecuniaria.* E la *formula,* introdotta a quanto pare dalla Legge Ebuzia, che acquistò di poi, come doveva, tanta importanza, non fu forse dapprima che leggiero cangiamento più di formalità che di sostanza; forse fu composta, *concepta,* delle parole che nelle *legis actiones,* e cioè prima di questa legge, le parti stesse pronunciavano *in jure,* e sulle quali il giudice dovea giudicare; *conceptiones* fissatesi e rese pubbliche con tanto giovamento delle parti, tanta efficacia a togliere gli antichi riti e simboli, e a dar regola all' azione del *judex;* che è la specialità della nuova procedura. Ma vengo alle altre prove che si hanno del trapasso della *condictio* ora esposto.

Gaio medesimo (IV, 10) insegna che le *formulae* si spartivano in due grandi categorie, « quae ad legis actionem exprimun- » tur », e « quae sua vi ac potestate constant »; le prime colla *fictio* di una *legis actio,* da cui sembra ricevessero regola e forza, le altre senz'alcuna *fictio;* di che prende occasione ad esporre le *legis actiones.* Ma appunto il luogo, dove concludendo dava gli esempi delle singole *fictiones,* è andato quasi tutto perduto; solo rimane nel § 32 la *fictio pignoris capionis,* e nel § 33 la importantissima notizia che « nulla formula ad condictionis fictio- » nem exprimitur; sive enim pecuniam, sive rem aliquam certam » debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendi- » mus; nec ullam adjungimus condictionis fictionem »; onde soggiunge « eas formulas quibus pecuniam aut rem aliquam nobis » dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere ». Del qual fatto (per rispetto alla *condictio)* due sole spiegazioni si possono dare; o che la *legis actio per condictionem* sia interamente scomparsa, o che sia interamente rimasta; poichè senza cercar molto addentro la parte che queste *fictiones* ebbero nella trasformazione della procedura, certo è, da quel poco che se ne vede, che non erano soltanto cosa formale, ma di sostanza, e sembra (come nota lo *Zimmern* § 50) che colpissero ed informassero la quantità della *condemnatio,* « quanta pecunia olim.... tanta pecunia condemna- » ret *(Gai.* IV, 32) ». E se nelle nuove *condictiones* la misura e la legittimazione della condanna non avea bisogno di esser tratta espressamente dalle antiche, ciò vuol dire o che il modo di con-

danna delle nuove era affatto indipendente dalle antiche, o che i due modi non erano che un solo. E la prima di queste spiegazioni è la più accettata, allegandosi che la *legis actio per condictionem* era troppo semplice perchè nulla potesse rimanerne, contenendo condanna diretta *in ipsam rem* e *arbitrium liti aestimandae.* Ma, lasciando stare tutte le altre ragioni, è da notare in primo luogo coll' *Hollweg* (II, pag. 305) « che se le nuove *condi-* » *ctiones sua vi ac potestate valebant,* dovevano certamente fon- » darsi sul *jus legitimum;* mentre le altre avean bisogno della » *fictio* che le avvalorasse »; e aggiungo io che tale fondamento legittimo doveva esservi pieno ed intero se produceva la *consumptio ipso jure* di che sopra. In secondo luogo se il sistema delle *formulae* fosse stato altra cosa da questa *legis actio*, sarebbe la medesima stata riconosciuta dalla *lex Calpurnia* quando il sistema, che l' avrebbe poi sostituita, dovea essersi già introdotto nella consuetudine. E infine, come mai (ripeterò qui quel che dissi) l' ultima *legis actio* così semplice, così tardi sancita, sarebbe poi, contro lo svolgimento proprio degl' istituti romani, morta del tutto anzichè trasformata, per lasciar luogo ad un sistema nuovo nato e cresciuto fuori dell' antico? D' altra parte la *condictio ex lege Silia* è certamente durata: si è mantenuto il nome di *condictiones* nelle *formulae* ai casi appunto già appartenenti alla *legis actio per condictionem :* si vede inoltre conservata uguale la distinzione propria della *legis actio* fra la *certa pecunia* e la *certa res* nelle *condictiones certi* e *triticaria* delle *formulae :* da ultimo la storia delle *condictiones,* quali ci appaiono nelle *formulae,* mostra il ravvicinarsi e parificarsi alla *pecunia credita* prima delle azioni dirette a cose fungibili, poi di quelle concernenti ogni *species*, con andamento primitivo che ben deve pensarsi incominciato innanzi alla legge Ebuzia, e senza interruzione continuato e compiuto.

Fin qui, argomentando da fatti posteriori, risulta proprio della *condictio ex lege Calpurnia* il modo di procedimento che fu poi delle *formulae,* secondo il quale il giudice, riconosciuta l' obbligazione *de certa re,* stima egli stesso la cosa e nell' equivalente suo obbliga il soccombente al vincitore « illum illi damnat vel condemnat », sempre pecuniariamente. Il che rientra per sua natura nell' ufficio e nelle facoltà dell' *arbiter.* E infatti, richiamando ora cose già dette e rifacendoci indietro nel tempo, se si ponga mente che in antico due soli modi di procedura vi erano, o per

iscommessa (*sacramentum* e *sponsio*), o per *arbitrum*, com' era certamente anche ai tempi di *Cicerone*, « aut per arbitrum resti- » tuas, aut sponsione condemneris necesse est (pro Tullio 53 (1)) », esclusa la *sponsio*, non rimane alle azioni *de certa re* che il procedimento per arbitro. Alla qual deduzione corrispondono e il trovarsi la nota « arbitrum liti aestimandae » in *Valerio Probo* subito dopo un' altra pur appartenente alla *condictio*, « in diem tertium sive perendinum »; e la congettura, che sopra accennai ricavarsi dal § 20 di *Gaio* (IV), che le azioni *de certa re* appartenessero alla *judicis arbitrive postulatio*. Di questa spiegazione in ordine all' una e all' altra *legis actio* terrò ora proposito; e se le varie parti riescano fra loro concordi, ne riceverà maggior prova l' intera dimostrazione. Posto pertanto che le azioni *de certa re* ebbero nella *condictio* un *judex* con *arbitrium*, *judex arbiterve*, è per ciò solo troppo naturale che anche prima di questa *legis actio* dovessero entrare nella procedura per arbitro, cioè nella *judicis arbitrive postulatio*. Certo la significazione e l' origine dell' *arbiter* son quelle che si dissero, ma è certo altresì che nei vari casi egli esercitò più o meno ampiamente le sue facoltà secondo la diversa natura di essi. E in taluni casi il suo *arbitrium* fu pieno e rimase sempre tale, dovendo egli determinare la quantità del *restituere* od *exhibere*, di poi stabilirne il valore e *condemnare*; mentre in altri, come negli *arbitria pro socio, tutelae* ecc. non dovea che definire *ex fide bona* la quantità delle prestazioni senz' altra stima, trattandosi solo di obblighi pecuniari; in altri infine, cioè questi *de certa re*, essendo determinata la prestazione, ma in natura, dovea non altro che stimare la cosa e condannare nella stima, essere *arbiter liti aestimandae* ed *aestimata re condemnare*. Di ciò sia prova che ove trattasi del *dare oportere certam rem* (eccetto i casi di deposito e comodato - *Gai.* IV, 47 -, ne' quali trattandosi di *species* già prima in proprietà dell' attore si ha naturalmente il « si paret rem redditam non esse » o il « nisi restituat ») non entra mai il *jussus* dell' adempimento in natura, ma il giudice immediatamente muta la cosa nella sti-

(1) E *Cicerone* medesimo nell' oraz. pro Roscio Com. §§. 4 e segg. sopra citati, meglio che altrove, pone queste due procedure di fronte l' una all' altra; l' *judex* nella *sponsio* per azioni *de certa pecunia*, l' *arbiter* senza *sponsio* in ogni caso d' *incerta pecunia*. Negl' interdetti esse procedure duravano ancora sugli antichi fondamenti e concetti vive ed intere al tempo di Gaio (IV, 162 e seg.).

ma, e condanna: com'è manifesto dal titolo *de condictione triticaria* nel Digesto (13. 3); dove ancora si vede il « *si certum petetur* » non significare che *certa pecunia*, onde le obbligazioni *de certa re* sono *incertae pecuniae* e i loro giudizii consistono, oltre il *judicare*, in una *aestimatio* e *condemnatio* per le quali son tramutate in obbligazioni pecuniarie. Mediante il quale tramutamento si uguagliano a poco a poco a quelle *de certa pecunia*, cominciando dal *triticum* e abbracciando poi « omnia, quae prae» ter pecuniam numeratam sive in pondere sive in mensura constent (L. 1. D. 13. 3) », e infine ogni *species:* parificazione, la quale avviene qui per gli stessi gradi che nella *solutio per aes et libram* (*Gai.* III, 175). E se la *certa res* era in origine un *incertum*, senza dubbio chiedeva la *legis actio*, in cui il *judex* avea l'*arbitrium*. Dove però una grave obbiezione può farsi, che cioè, dato che le azioni *de certa re* facessero parte della *judicis postulatio*, non si saprebbe poi capire come in appresso si avvicinassero tanto a quelle *de certa pecunia*, da formare con esse una categoria così distinta di fronte ai *judicia bonae fidei* ed alle *actiones arbitrariae*. Ma la difficoltà parmi scompaia dinanzi a queste considerazioni. Non vi ha dubbio (come notai) che in questi casi di prestazioni determinate e unilaterali l'*arbitrium* del *judex*, sebbene ugualmente necessario, fosse però limitato, a differenza degli altri casi ove prevalevano il *nisi restituat* e l'*aequitas* nella reciprocanza e correspettività degli obblighi. Nè vi ha pur dubbio che le azioni *de certa re*, di mano in mano che il concetto di obbligazione si estese fuor della *pecunia*, dovessero sempre meglio determinarsi, e che di pari passo si restringesse in ordine alle medesime la facoltà del giudice, fino a dominarvi poi, mutati i tempi, lo *strictum jus*. Inoltre è naturale si sentisse anche in queste azioni il bisogno tanto del termine dei 30 giorni, già proprio della *certa pecunia*, quanto similmente della denunzia o *condictio*, donde il nome di *condictiones;* riforme sanzionate certo dalla Legge Calpurnia. Ma, ripeto, se due leggi diverse furono necessarie, se la *sponsio* non era comune, se la distinzione anche dopo è durata, essa dovea prima essere ben profonda. Il che non toglie che il parificamento non dovesse avvenire, come avvenne, quando nella procedura per iscommessa della *condictio ex lege Silia* la funzione del *judex*, che *judicat* sulla *summa obligationis* e *summam sponsionis condemnat* (di poi, introdotte le *formulae* in entrambe *condemnat*), erasi accostata di tanto alla fun-

zione del *judex arbiterve* nelle azioni *de certa re*, dove « *aestimata re condemnat* ». E del resto che prima della Legge Ebuzia quando si domandava una determinata cosa in natura se ne ottenesse solo, mediante stima, l'equivalente, lo prova il passo già citato di *Plauto* nella Mostellaria V. 1. 50, come il *Karlowa* molto ragionevolmente lo intende: « Tanto aput judicem hunc argenti condemnabo facilius ». Giacchè ivi si tratta di vendita già perfetta, ma senza che la cosa sia stata consegnata, e a tale consegna della cosa (non già alla restituzione dell'arra) si riferisce il verso riportato, nel quale il compratore dice che se abbia indizii circa l'esistenza della vendita, tanto più facilmente otterrà in giudizio non la cosa, ma la condanna del venditore in danaro, lo avrà dal giudice a se « *damnatus argenti* ». Che è quasi ugual caso, e son quasi uguali parole di quelle di *Varrone* (de re rust. II, 5), durante il sistema formulario, « nec non emptor » potest ex empto vendito illum (*venditorem*) damnare si non tra- » det, quamvis non solverit nummos ». Ond'è manifesto che le azioni *de certa re* appartennero prima alla *legis actio per judicis postulationem*, poi nella *condictio ex lege Calpurnia* furon soggette non alla procedura per iscommessa, ma a quella per arbitro, vollero cioè un « *judicem arbitrumve* », arbitrum liti aestimandae »; e così in esse la obbligazione del soccombente al vincitore era nell'equivalente della cosa, e imposta dal giudice « qui aestimata re condemnat »; eravi cioè la *damnatio* o *condemnatio* nel suo vero originario significato, nel quale divenne principio generale delle *formulae*.

Condotte le cose a questo punto, parmi di potere senza temerità concludere che chiaro risulta il senso delle parole *judicatus* e *damnatus* nella *manus injectio judicati* (*Gai.* IV, 21). *Damnatus* è l'obbligato in danaro dal *judex arbiterve* in virtù dell'*arbitrium*, sia che ciò avvenisse (qual che ne fosse il modo) anche nella *legis actio sacramento in rem*, sia che soltanto si avesse nelle *legis actiones per judicis postulationem* e *per condictionem ex lege Calpurnia: damnatus* dopo ch'era stato *judicatus*, onde gli era applicabile la *manus injectio judicati;* ma *damnatus*, non soltanto *judicatus*, e cioè dal giudice stesso obbligato in danaro verso il vincitore. All'incontro nell'*actio sacramento in*

personam il soccombente era sempre unicamente *judicatus:* e così nella procedura *per sponsionem*, nella quale però dovea altresì il giudice per sua imposizione obbligarlo verso il vincitore, *damnare*, nella *summa sponsionis.* Di che nacque che colla *condictio ex lege Silia*, dove si avea la *sponsio*, e colla *condictio ex lege Calpurnia*, dove si procedeva per *arbitrum*, questi due antichi procedimenti si congiungessero e confondessero in un solo, quello ch' ebbe nome dalla *formula* e che visse colla classica giurisprudenza. Con ciò rimane confermata la interpretazione del § 48 del IV di Gaio, da cui ho preso le mosse, dacchè anche prima della Legge Ebuzia « *judex solebat condemnare pecuniam aestimata re* »; parole esattissime, con senso chiaro e discorso netto ed intero senza bisogno di aggiunte o correzioni. Così infine ho cercato di dimostrare coll' origine della parola e del concetto *il modo e contenuto della condanna nelle legis actiones*, donde uscì per intimo ed organico svolgimento la regola generale della *condanna pecuniaria* nelle *formulae.*

Bologna 15 maggio 1878.